Klaus Tiedtke

Aufrechnungsfragen beim gesetzlichen Forderungsübergang

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547215_0002

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
LEIDEN

A u f r e c h n u n g s f r a g e n

b e i m

g e s e t z l i c h e n F o r d e r u n g s ü b e r g a n g

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
K l a u s T i e d t k e
aus Bärwalde / Ostpreußen .

1966

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dietrich Reinicke
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans Brox
Dekan: Prof. Dr. Hans Brox
Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1966

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

		Seite
	Einleitung	... 1
I.Teil	: Die Aufrechnungsprobleme bei der Gesamtschuld	... 4
Kapitel 1	: Die unproblematischen Fälle	... 5
§ 1	Bei der Aufrechnung durch einen Gesamtschuldner oder einen Gläubiger	... 5
§ 2	Fehlende Ausgleichsansprüche des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners S_1 gegen die übrigen Gesamtschuldner	... 6
Kapitel 2	: Der problematische Fall bei der Gesamtschuld	... 9
§ 3	Die Voraussetzungen der Aufrechnung bei der Gesamtschuld	... 10
§ 4	Die Regreßansprüche des S_1 gegen S_2, gegen die eine Aufrechnung in Frage käme	... 13
§ 5	Der Einfluß der Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche aus dem Innenverhältnis und die Auswirkungen der Aufrechnung auf die Beteiligten	... 19
I.	Es erlöschen auch die Ausgleichsansprüche	... 19
1.	Die Auswirkungen auf die Stellung des S_1	... 20

		Seite
2.	Die Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Gläubigers	... 24
II.	Die Ausgleichsansprüche bleiben von der Aufrechnung unberührt	... 26
1.	Die Stellung des S_1	... 27
2.	Die Stellung des Gläubigers	... 27
3.	Die Stellung des aufrechnungsbefugten Gesamtschuldners	... 27
Kapitel 3 :	Die Lösung	... 29
§ 6	Die sich widersprechenden gesetzlichen Regelungen	... 29
§ 7	Die Auslegungsmethoden	... 33
I.	Die Methoden für die Auslegung im engeren Sinne	... 34
II.	Die Methoden für eine Gesetzesergänzung	.. 42
1.	Die Begriffsjurisprudenz	... 42
2.	Die Interessenjurisprudenz	... 44
§ 8	Der Lösungsversuch durch eine Auslegung im engeren Sinn	... 48
I.	Die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers	... 49
1.	Der Gesetzeswortlaut	... 49

		Seite
2.	Die Entstehungs- und Rechtsgeschichte des gesetzlichen Forderungsübergangs in § 426 Abs.2 S.1 BGB	... 49
3.	Die sachgerechte Lösung	... 57
a)	Für den Fall, daß durch die Aufrechnung auch die Ausgleichsansprüche erlöschen	... 57
b)	Für den Fall, daß die Ausgleichsansprüche von der Aufrechnung unberührt bleiben	... 58
II.	Ergebnis der Auslegung im engeren Sinne	.. 60
§ 9.	Die Lösung durch eine Gesetzesergänzung	.. 61
I.	Die Interessen der Beteiligten	... 61
II.	Die Bewertung der Interessen durch den Gesetzgeber	... 62
1.	Der Sinn und Zweck des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 426 Abs.2 S.1 BGB	... 62
2.	Der Gläubigerschutz nach § 426 Abs.2 S.2 BGB	... 68
3.	Die bevorzugte Stellung des Gläubigers nach § 421 BGB	... 70
Kapitel 4 :	Zur Aufrechnungsfrage bei einem Gesamtschuldverhältnis, das durch eine aufgedrängte Schuldmitübernahme entsteht	... 74
§ 10	Der Sonderfall der aufgedrängten Schuldmitübernahme	... 74
§ 11	Die Lösung des Sonderfalles	... 76

		Seite
§ 12	Zusammenfassung des I. Teils	... 78
II. Teil :	Die Aufrechnungsprobleme in den Fällen, in denen der Gläubiger neben einem persönlichen Schuldner Sicherungsrechte gegen andere Personen hat	... 79
Kapitel 1 :	Das Aufrechnungsproblem bei der Bürgschaft	... 80
§ 13	Abgrenzung und Darstellung der Fälle, in denen der Bürge sich nicht auf eine bestehende Aufrechnungsbefugnis berufen kann	... 81
I.	Der Bürge kennt die Aufrechnungsbefugnis	... 81
II.	Der Bürge zahlt in Unkenntnis eines bestehenden Leistungsverweigerungsrechts an den Gläubiger	... 88
§ 14	Der problematische Fall bei der Bürgschaft	... 89
I.	Auswirkungen auf die Stellung des Bürgen	... 92
II.	Auswirkungen auf die Stellung des Gläubigers	... 92
§ 15	Die Lösung des Problems nach einem Vergleich von Bürgschaft und Gesamtschuld	... 93
I.	Die Gläubigerstellung bei der Bürgschaft und bei der Gesamtschuld	... 94
II.	Das Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen und das Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander	... 96

		Seite
§ 16	Ein anderer Lösungsvorschlag	... 103
§ 17	Der Sonderfall der aufgedrängten Bürgschaft	... 105
Kapitel 2 :	Die übrigen Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs, in denen der Gläubiger neben dem persönlichen Schuldner Verwertungsrechte gegen andere Personen hat	... 112
§ 18	Das Aufrechnungsproblem beim gesetzlichen Forderungsübergang nach den §§ 1143, 1225 BGB	... 112
I.	Der Fall des § 1143 BGB	... 112
II.	Die Regelung des § 1225 BGB	... 114
§ 19	Das Aufrechnungsproblem beim gesetzlichen Forderungsübergang nach § 268 Abs.3 BGB	... 115
§ 20	Zusammenfassung	... 119

Literaturverzeichnis

Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen, 16.Aufl., München-Berlin 1964
Bender, Bernd	Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, 593 ff
Bierling, Ernst Rudolf	Juristische Prinzipienlehre, 4.Band, Tübingen 1911
Binding, Karl	Handbuch des Strafrechts, 1.Band, Leipzig 1885
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 3.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1964
	Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 11.4.1957 - VII ZR 212/56, JZ 1957, 509
Boehmer, Gustav	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, II.Buch, 1.Abteilung, Tübingen 1951
Brox, Hans	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
Burckhardt, Walther	Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern 1925
Canaris,Claus-Wilhelm	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
Coing, Helmut	System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 481 ff
Crome, Carl	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I.Band, 2.Hälfte, Tübingen-Leipzig 1900 II.Band, 2.Hälfte, Tübingen-Leipzig 1902

Czyhlarz, Karl Ritter von	Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts, 18.Aufl., Wien-Leipzig 1924
Danz, E.	Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz. - Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung, Jherings Jahrbücher 54, 1 ff
Derburg, Heinrich	Pandekten, II.Band, Obligationenrecht, 5.Aufl., Berlin 1897
	Geschichte und Theorie der Kompensation nach Römischem und neuerem Rechte, 2.Aufl., Heidelberg 1868
Diederichsen, Uwe	Zur Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen durch den nichtgeschäftsführungsberechtigten BGB-Gesellschafter, MDR 1963, 632 ff
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, II.Band, 2.Hälfte, 3.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
Ehrlich, Eugen	Die juristische Logik, AcP 115.Bd. 125 ff
	Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes, Jherings Jahrbücher 67 Bd. S.1 ff
Engisch, Karl	Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II.Band: Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearbeitung, Tübingen 1958
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.Aufl., Münster 1962

Esser, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2.Aufl., Karlsruhe 1960
	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
	Interessenjurisprudenz heute, Juristen-Jahrbuch 1960, 111 ff
Fischer-Henle	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 12.Aufl., München 1923
Fischer, Walter	Die Bindung des Richters an das Gesetz, Wien und Leipzig 1928
Fuchs, Ernst	Die soziologische Rechtslehre, DJZ 1910, 283 ff
Goldmann-Lilienthal	Das Bürgerliche Gesetzbuch, I.Band, 2.Aufl., Berlin 1901/3
Heck, Philipp	Grundriß des Sachenrechts, Neudruck der Ausgabe, Tübingen 1930
	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112.Bd. S.1 bis 318
	Das Problem der Rechtsgewinnung, 2.Aufl., Tübingen 1932
	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
	Interessenjurisprudenz in Recht und Staat, in Geschichte und Gegenwart, Heft 97

Heck, Philipp	Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AcP 142.Bd. S.129 bis 202 u. 297 - 332
Hueck, Alfred	Recht der Wertpapiere, 9.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1963
	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., Berlin 1964
Jacobi, Ernst	Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1955
Jaeger, Ernst	Kommentar zur Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, I.Band, 8.Aufl., Berlin 1958
Jörs-Kunkel	Römisches Privatrecht, 2.Aufl., Berlin 1935
Kaser, Max	Römisches Privatrecht, München-Berlin 1960
Kiß, Géza	Gesetzesauslegung und "ungeschriebenes Recht, Jherings Jahrbücher 58.Bd., S.413 ff
Koban, Anton	Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1904
Kohler, Josef	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Halbband, Berlin 1904
	Über die Interpretation von Gesetzen Grünhuts Zeitschrift, 13.Bd. S.1 ff
Kremer, Heinrich	Die Mitbürgschaft, Strassburg 1902
Kreß, Hugo	Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München-Berlin 1934
Krug, Aug. Otto	Die Lehre von der Kompensation, Leipzig 1833

Lang, Georg	Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, München 1906
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band: Allgemeiner Teil, 7.Aufl., München-Berlin 1964 II.Band: Besonderer Teil, 7.Aufl., München-Berlin 1965
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Leonhard, Franz	Das Schuldrecht des BGB. II.Band: Besonderer Teil, München-Leipzig 1931
	Die Aufrechnung, Göttingen 1896
Lippmann	Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, Jherings Jahrbücher 43.Bd., S.435 ff
	Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld, AcP 111.Bd. 135 ff
Lukas, Josef	Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, Festschrift für Paul Laband, I.Band, Tübingen 1908
Mantey	Zur Anwendung des § 770 Abs.2 BGB, Gruchots Beiträge 50.Bd. S. 542 ff
Mattern, G.	§ 12 des Straffreiheitsgesetzes vom 31.12.1949, DStZ 1951, 329 ff
	Straffreiheitsgesetz und Steuer-(einschließlich Zoll-) Vergehen, ZfZ 1950, 303 ff
Mentzel-Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung, 7.Aufl., Berlin-Frankfurt 1962

Motive	Zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888 Band III: Sachenrecht, Berlin und Leipzig 1888
Müller, Horst Joachim	Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1962, 471 ff
Müller-Erzbach, Rudolf	Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, Jherings Jahrbücher 61.Band S.343 ff
	Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, II. Buch: Recht der Schuldverhältnisse 1.Abteilung: §§ 241 - 432, 5.Aufl., Berlin 1928 3.Abteilung: §§ 682 - 853, 5.Aufl., Berlin 1929
	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivelsachen (Der 137.Band der amtlichen Sammlung), DJZ 1933, 944 ff
Ohnsorge	Zur Lehre von der Aufrechnung, Jherings Jahrbücher 20.Bd., S.285 ff
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 25.Aufl., München-Berlin 1966
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Band: Recht der Schuldverhältnisse 1.Hälfte: §§ 241 - 432, 4.Aufl., Berlin 1914 2.Hälfte: §§ 701 - 853, 4.Aufl., Berlin-Leipzig 1928

Puchta, Georg Friedr.	Geschichte des Rechts bei dem Römischen Volk und Geschichte des Römischen Civilprozesses, 9.Aufl., Leipzig 1881, herausgegeben von Paul Krüger
	Vorlesungen über das heutige römische Recht, II. Band, 3.Aufl., Leipzig 1852
Regelsberger, F.	Gesetz und Rechtsanwendung, Jherings Jahrbücher 58.Bd. S.146 ff
Rehbein, H.	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 432, Berlin 1903
Reichel, Hans	Die Schuldmitübernahme, München 1909
	Anmerkung zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 8.Okt.1928 - 105/28 IV, JW 1929, 36/37
Reichsgerichtsräte-Kommentar	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I.Band, 2.Teil: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 432, 11.Aufl., Berlin 1960 (zit.: BGB-RGRK)
	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II.Band (§§ 105 - 177, §§ 335 - 342), Berlin 1950 (zit.: Weipert in RGR-Komm. z.HGB)
Reinicke, Dietrich	Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 1964, 421 ff
	Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 ff
Reinicke, G. und D.	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs, NJW 1951, 681 ff

Reinicke, G. und D.	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, NJW 1955, 1380 ff
	Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, 1033 ff
	Zur Frage, ob das Gericht berechtigt ist, über den Willen des Gesetzgebers Beweis zu erheben, MDR 1952, 141 ff
Ritter, Carl	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., München-Berlin 1932
Rogalski, Regina	Der Selbstaufopferungsanspruch des Kraftfahrers, Diss.jur. Münster 1965
Rosenberg, Leo	Die Beweislast, 5.Aufl., München-Berlin 1965
Rümelin, Max	Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, Tübingen 1930
Salkowski, Carl	Institutionen - Grundzüge des Systems und der Geschichte des Römischen Privatrechts, 8.Aufl., Leipzig 1902
Sauer, Wilhelm	Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940
von Savigny, Friedrich Carl	Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts, I.Band, Berlin 1851
	Juristische Methodenlehre, herausgegeben von Gerhard Wesenberg nach einer Bearbeitung von Jakob Grimm, Stuttgart 1951

von Savigny, Friedrich Carl	Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814
	System des heutigen Römischen Rechts, I.Band, Berlin 1840
Schlegelberger-Geßler	Handelsgesetzbuch, II.Band, §§ 105 - 342, 3.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1955
Schmidt, Eberhard	Anmerkung zu den Urteilen des OGH v. 23.5.1950 (MDR 1950 S.499) und des DOG vom 5.7.1950 (MDR 1950 S.563), MDR 1950 S. 624 ff
Schmitt, Carl	Gesetz und Urteil, Berlin 1912
Schneider, Wilhelm	Die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten, Diss.jur. Göttingen 1904
Schollmeyer, Friedrich	Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Aufl., Berlin 1904
Schulz, Fritz	Rückgriff und Weitergriff, Breslau 1907
	Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht, Zeitschrift der Savigny Stiftung 27.Band, S.82 ff
	Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auf Grund der Aufrechnungslage des Gläubigers, Gruchots Beiträge 50.Band S.269 ff
Schwinge, Erich	Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn 1930

Siber, Heinrich	Römisches Privatrecht, Berlin 1928
	Compensation und Aufrechnung, Leipzig 1899
	Anmerkung zu RGZ 137, 34 in JW 1932, 3761
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I.Band: Allgemeiner Teil - Recht der Schuldverhältnisse, §§ 1 bis 432, 9.Aufl., Stuttgart 1959, II.Band: Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433 bis 853, 9.Aufl., Stuttgart 1962
Sohm, Rudolph	Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 17.Aufl., Berlin 1949
Somló, Felix	Juristische Grundlehre, 2.Aufl., Leipzig 1927
Spiegel, Ludwig	Gesetz und Recht, München - Leipzig 1913
Stammler, Rudolf	Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, 1911
Stampe, Ernst	Die Freirechtsbewegung, Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung, Berlin 1911
Staub, Hermann	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I.Band, §§ 1 - 177, 14.Aufl., Berlin - Leipzig 1932
von Staudinger, Julius	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II.Band: Recht der Schuldverhältnisse Teil 1: §§ 241 - 432, 9.Aufl., München-Berlin-Leipzig 1930
	Teil 1 b: § 242, 11.Aufl., Berlin 1961

von Staudinger, Julius	Teil 4: §§ 705 - 779; 812 - 822, 11.Aufl., Berlin 1958 ff und 9.Aufl., (§§ 631 - 853), München - Berlin - Leipzig 1929
Stillschweig	Kann der Bürge, welcher die verbürgte, erststellige Hypothekenforderung ablösungsweise bezahlt hat, trotz § 774 Abs.1 S.2 BGB den Übergang im Range vor einer weiteren, demselben Gläubiger auf dem Pfandobjekte zustehenden Nachhypothek geltend machen? JW 1917, 845
Stoll, Heinrich	Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, AcP 133, Beilage S.60 ff
Tacken, Franz	Der Ausgleichsanspruch des Mitbürgen nach dem Recht des BGB, Diss.jur. Breslau 1907
Thöl, Heinrich	Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851
Ulmer, Eugen	Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart-Berlin 1938
von Vangerow, Karl Adolph	Leitfaden für Pandekten=Vorlesungen, III.Band, Marburg-Leipzig 1847
Wach, Adolf	Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, I.Band, Leipzig 1906
Weigel, Johannes	Das bei der Aufrechnung geltende Prinzip der Gegenseitigkeit der Forderungen; seine Durchbrechungen und Modifikationen, Leipzig 1906
Weigelin, Ernst	Die Lücken im Recht, Jherings Jahrbücher 88.Bd.S.1 ff
Weinberg, Moritz	Erläuterung des § 774 BGB, Diss.jur. Jena 1908

Weiss, Egon	Institutionen des römischen Privatrechts, 2.Aufl., Stuttgart 1949
Westerkamp, Wilhelm	Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin 1908
Westermann, Harry	Lehrbuch des Sachenrechts, 4.Aufl., Karlsruhe 1960
	Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955
	Die Anpassung der Auslegungsmethode an die Eigenart des auszulegenden Willensaktes, Festschrift für Karl Arnold, S.281 - 290
Westermann-Lepsien	Die sogenannten Auslaufmandate nach dem Aktiengesetz 1965 - Zugleich einige Bemerkungen zur Auslegungsmethode - NJW 1966, 430 ff
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, II.Band, 8.Aufl., Frankfurt a.M. 1900
Wüstendörfer, Hans	Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, AcP 110 Bd. S.219 ff
Zeitlmann, E.	Kann der Bürge, welcher die verbürgte, erststellige Hypothekenforderung ablösungsweise bezahlt hat, trotz § 774 Abs.1 S.2 BGB den Übergang im Range vor einer weiteren, demselben Gläubiger auf dem Pfandobjekte zustehenden Nachhypothek geltend machen? JW 1917, 844

Abkürzungsverzeichnis

aA.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen=Zeitung
DOG	Deutsches Obergericht für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
Einl.	Einleitung
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Gruch.Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JJ	Jherings Jahrbücher
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone, auch Entscheidungssammlung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, Entscheidungssammlungen
S.	Satz
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

Die §§ 387 ff BGB regeln die Aufrechnung. Nach § 387 BGB ist eine Aufrechnung nur bei gegenseitigen Forderungen zulässig, d.h. bei Forderungen, bei denen der Schuldner der einen Forderung zugleich Gläubiger der anderen Forderung ist. Eine Ausnahme von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit enthält § 406 BGB. Danach kann der Schuldner unter den dort genannten Voraussetzungen eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen.

Diese Bestimmung will den Schuldner schützen. Der Schutz ist bei der Forderungsabtretung erforderlich, weil diese allein auf Grund eines Vertrages zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger geschieht, § 398 BGB. Der Gläubiger könnte somit durch eine ihm jederzeit freistehende Abtretung die Gegenseitigkeit der Forderungen beseitigen und damit dem Schuldner die Aufrechnungsbefugnis entziehen.

§ 406 BGB hat diese Gefahr beseitigt. Er erhält dem Schuldner die einmal vorhandene Aufrechnungsbefugnis gegenüber dem neuen Gläubiger, wenn der alte Gläubiger die Forderung abgetreten hat.

Eine Forderung kann nicht nur rechtsgeschäftlich (nach § 398 BGB) übertragen werden; in bestimmten Fällen geht sie kraft Gesetzes auf einen neuen Gläubiger über. Folgende Bestimmungen ordnen vor allem einen gesetzlichen Forderungsübergang an: § 268 Abs.3, § 426 Abs.2, § 774 Abs.1, § 1143 Abs.1, § 1225, § 1607 Abs.2, § 1709 Abs.2 BGB, §§ 67, 69, 118 VVG und § 1542 RVO.

Gemäß § 412 BGB ist § 406 BGB bei dem gesetzlichen Forderungsübergang entsprechend anzuwenden. Der Schuldner, der gegen den alten Gläubiger aufrechnen konnte, ist demgemäß hierzu auch gegenüber dem neuen Gläubiger berechtigt, auf den die Forderung kraft Gesetzes übergegangen ist.

Bei der Aufrechnung wird also der gesetzliche Forderungsübergang ebenso behandelt wie die Forderungsabtretung.

Diese Gleichbehandlung wird, wie folgendes Beispiel zeigen soll, in vielen Fällen gerechtfertigt sein.

Beispiel:

Der Gläubiger G hat gegen den Schuldner S eine Forderung in Höhe von 1.000,-- DM. S hat eine Forderung von 1.000,-- DM gegen einen Dritten D, der mit einer Gegenforderung in gleicher Höhe gegen die Forderung des S aufrechnen kann.

Als S nicht an G zahlt, erwirbt G einen Titel und läßt die Forderung des S gegen D nach § 829 ZPO pfänden und sich nach § 835 ZPO an Zahlungs Statt überweisen.

Als G von D Erfüllung der ihm überwiesenen Forderung verlangt, rechnet D mit der ihm gegen S zustehenden Forderung auf.

In diesem Falle ist nach den §§ 412, 406, 392 BGB[1)] die Auf-

1) Da der Überweisung der Forderung deren Pfändung vorausgeht, richtet sich die Fortdauer der Befugnis des Schuldners zur Aufrechnung gegen die Forderung nicht nach § 406, sondern nach § 392, der insoweit von dem ihm nachgebildeten § 406 abweicht, als nach § 392 BGB der Zeitpunkt der Pfändung maßgebend ist und nicht - wie es dem § 406 BGB entsprechen würde - der Zeitpunkt der Kenntnis des Schuldners von der Pfändung vgl.BGB RGRK, § 406 Anm.12 und § 392 Anm.2.

rechnung des D gegenüber G zulässig; denn bei der Übertragung einer Forderung an Zahlungs Statt[1] erfolgt gemäß § 835 Abs. 2 ZPO ein gesetzlicher Forderungsübergang, der nach den §§ 412, 406 BGB bezüglich der Aufrechnung ebenso behandelt wird wie eine Forderungsabtretung. Gegen die Aufrechnung des D gegenüber dem G bestehen keine Bedenken. D war im Verhältnis zu S Alleinschuldner und konnte ihm gegenüber aufrechnen. Nur der gesetzliche Forderungsübergang nach § 835 Abs. 2 ZPO hat die Gegenseitigkeit beider Forderungen beseitigt. Durch den Forderungsübergang darf dem Schuldner (hier dem D) die einmal bestehende Aufrechnungsbefugnis nicht entzogen werden[2].

Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Aufrechnung gegen eine kraft Gesetzes übergegangene Forderung ergeben sich aber in den Fällen, in denen der Gläubiger Erfüllung seiner Forderung von mehreren Personen verlangen kann.

Diese Befugnis hat der Gläubiger nicht nur bei der Gesamtschuld (§ 421 BGB), sondern auch dann, wenn ein Dritter für die Schuld eines anderen eine Sicherheit übernimmt. Die Sicherheit kann persönlicher Natur sein, wie das bei der Bürgschaft der Fall ist, bei der der Gläubiger den selbstschuldnerischen Bürgen auch vor dem Hauptschuldner in Anspruch nehmen kann. Die Sicherheit kann auch dinglicher Natur sein; diese Voraussetzung ist bei der Hypothek und dem Pfandrecht an beweglichen Sachen gegeben. Hier darf der Gläubiger sich zur Befriedigung seiner Forderungen neben dem persönlichen Schuldner an den Eigentümer (Fall des § 1143 BGB) oder an den Ver-

---

1) Die Übertragung einer Forderung an Zahlungs Statt ist wegen des damit verbundenen Risikos nicht üblich. Bei unserem Beispiel aber muß die Übertragung an Zahlungs Statt gewählt werden, weil bei der sonst üblichen Übertragung einer Forderung zur Einziehung kein Forderungsübergang stattfindet.

2) Vgl. BGHZ 35, 317 (325/326).

pfänder (Fall des § 1225 BGB) halten; er kann die von diesen Personen bestellten Sicherungsrechte verwerten.

Welche Bedenken in diesen Fällen gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung bestehen und ob diese Bedenken gerechtfertigt sind, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

I. Teil

Die Aufrechnungsprobleme bei der Gesamtschuld

Ein Gläubiger, dem mehrere Personen eine Leistung als Gesamtschuldner schulden, kann diese von jedem Gesamtschuldner verlangen, § 421 BGB. Es ist dabei unerheblich, ob und gegebenenfalls in welchem Maße die Gesamtschuldner im Innenverhältnis ausgleichspflichtig sind.

Ein Gesamtschuldverhältnis entsteht durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes.

So haften diejenigen, die sich durch einen gemeinschaftlichen Vertrag zu einer teilbaren Leistung verpflichtet haben, im Zweifel als Gesamtschuldner, § 427 BGB. Zur vertraglichen Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses ist ein einseitiges Schuldversprechen ebenso ausreichend wie ein nachträglicher Schuldbeitritt[1].

Kraft Gesetzes entsteht ein Gesamtschuldverhältnis nach § 431 BGB stets, wenn mehrere eine unteilbare Leistung schulden. Ferner haften als Gesamtschuldner: die Mitbürgen nach § 769

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 92 II 1 d; Soergel-Siebert-Schmidt, vor § 414 Anm.5; BGB - RGRK, vor § 414 Anm.1.

BGB, die Miterben nach § 2058 BGB, die Gesellschafter einer OHG nach § 128 HGB, mehrere für einen nicht rechtsfähigen Verein Handelnde nach § 54 S.2 BGB und die aus unerlaubter Handlung für denselben Schaden nebeneinander Verantwortlichen nach § 840 BGB.

Bei der Vielzahl der Gesamtschuldverhältnisse ist es nicht selten, daß einzelnen Gesamtschuldnern ihrerseits Forderungen gegen den Gläubiger zustehen, mit denen sie gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen können.

Kapitel 1

Die unproblematischen Fälle

§ 1 Bei der Aufrechnung durch einen Gesamtschuldner oder einen Gläubiger.

1. Ausgangsfall:

Dem Gläubiger G schulden S_1 und S_2 als Gesamtschuldner 1.000,-- DM, während G dem S_2 ebenfalls 1.000,-- DM schuldet.

Bevor G Erfüllung verlangt, erklärt S_2 dem G gegenüber die Aufrechnung.

Der Fall ist unproblematisch. Hier stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung des S_2 gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung nicht. Denn S_2 hat bereits aufgerechnet; ihm steht also keine Forderung mehr zu, mit der er aufrechnen könnte.

2. Abwandlung des Ausgangsfalles :

G rechnet mit seiner Forderung gegen die Forderung des S_2 auf.

Auch dieser Fall ist unproblematisch. Durch die Aufrechnung des G ist wiederum die Forderung des S_2 gegen G getilgt. Die Frage nach einer späteren Aufrechnung des S_2 taucht aber ebenfalls nicht mehr auf.

§ 2 Fehlende Ausglcichsansprüche des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners S_1 gegen die übrigen Gesamtschuldner.

Der Ausgangsfall soll hier wie folgt geändert werden: G nimmt den S_1, der im Innenverhältnis allein verpflichtet sein soll, in voller Höhe in Anspruch. Da S_1 nach § 422 Abs.2 BGB nicht mit der Forderung des S_2 gegen die Forderung des G aufrechnen kann und sich auch nicht auf die Aufrechnungsbefugnis des S_2 berufen darf, zahlt er die ganze Summe an G.

S_2, dessen Forderung gegen G noch besteht, will jetzt gegenüber S_1 aufrechnen. Eine Aufrechnung des S_2 gegen G ist nicht möglich, weil G nicht mehr Gläubiger der Gesamtschuldner ist. Es will also ein Mitschuldner (hier S_2) mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen, obwohl der andere Mitschuldner (hier S_1) den Gläubiger bereits befriedigt hat.

Auch dieser Fall ist unproblematisch.

Eine Aufrechnung des S_2 gegenüber S_1 kann nur zulässig sein, wenn dem S_1 gegen S_2 eine Gegenforderung zusteht, gegen die S_2 mit seiner Forderung gegen G aufrechnen könnte.

In vielen Fällen wird diese Gegenforderung des S_1 gegen S_2 gemäß § 426 Abs.2 BGB gegeben sein.

Hier aber fehlt es an der Gegenforderung des S_1 gegen S_2. Wenn S_1 durch die Zahlung an G eine Gegenforderung gegen S_2 erworben hätte, dann könnte es sich nur um die Forderungen des G gegen die Gesamtschuldner handeln. Diese Forderungen wären aber gemäß § 426 Abs.2 BGB nur auf S_1 übergegangen, wenn S_1 gegen S_2 einen Ausgleichsanspruch gehabt hätte. Ein Ausgleichsanspruch des zahlenden Gesamtschuldners gegen die übrigen Gesamtschuldner ist Voraussetzung für den gesetzlichen Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 BGB.

In unserem Beispiel steht dem S_1 jedoch kein Ausgleichsanspruch gegen S_2 zu, da S_1 dem S_2 gegenüber verpflichtet ist, die Schuld allein zu tragen. Folglich hat er nach § 426 Abs. 2 BGB auch nicht die Forderungen des G gegen die Gesamtschuldner erworben.

Wenn § 426 Abs.1 S.1 BGB auch anordnet, die Gesamtschuldner seien im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, so gilt dies nur insoweit, als nicht etwas anderes bestimmt ist.

Eine andere Verteilung der Ausgleichspflicht unter den Gesamtschuldnern kann sich aus einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, aus der Natur der Sache oder aus Inhalt und Zweck des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses ergeben[1].

1) RGZ 61, 56 (60); RGZ 75, 251 (256); BGHZ 28, 301; BGB - RGRK, § 426 Anm.9.

Gesetzliche Regelungen zur anderweitigen Verteilung der Ausgleichspflicht sind § 840 Abs.2 und die §§ 841, 1833 BGB. Danach brauchen diejenigen, die nur wegen Verletzung der Aufsichtspflicht neben anderen zum Schadensersatz verpflichtet sind, keinen Ausgleich zu leisten.

Für die Ausgleichspflicht unter Gesellschaftern ist nach § 735 BGB der Verlustbeteiligungsschlüssel maßgebend, während bei der Bruchteilsgemeinschaft das Verhältnis der Anteile der einzelnen Teilhaber für die Ausgleichsverteilung entscheidend ist, §§ 748, 755 BGB[1].

Eine andere Verteilung der Ausgleichspflicht kann sich auch aus der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB ergeben[2].

Dieser Vorschrift wird der Grundsatz entnommen, daß die Ersatzpflicht davon abhängt, wieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist[3]. Hat ein Gesamtschuldner den Schaden vorwiegend allein verursacht, so kann die entsprechende Anwendung des § 254 BGB zur völligen Freistellung des anderen Gesamtschuldners führen[4].

Im übrigen haben die Gesamtschuldner freie Hand, die Ausgleichspflicht abweichend von der Vorschrift des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB zu regeln. Ein Gesamtschuldner darf daher auch dem anderen die Ausgleichsschuld ganz erlassen[5].

---

1) Vgl. BGB - RGRK, § 425 Anm.10.

2) Vgl. BGHZ 12, 213; 17, 214 (222); 26, 217 (222); RGZ 102, 30 (32); 159, 86 (89/90); Soergel-Siebert-Schmidt, § 426 Anm.11.

3) Vgl. Soergel-Siebert-Schmidt, § 426 Anm.11.

4) Vgl. BGHZ 17, 217 (222); RGZ 84, 415 (432); 87,64 (67); 136, 275 (287); 159, 86 (90).

5) Vgl. RGZ 142, 264 (267).

Eine andere Bestimmung der Ausgleichspflicht kann sich auch aus dem besonderen Inhalt und Zweck des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses ergeben. Wenn Gesellschafter zB. aus Anlaß ihres Gesellschaftsverhältnisses bestimmte Gesamtverpflichtungen übernommen haben, so bildet das Beteiligungsverhältnis an der Gesellschaft den natürlichen Maßstab für die Ausgleichung unter den Gesellschaftern[1].

Da es viele Bestimmungen gibt, die die Ausgleichspflicht unter den Gesamtschuldnern abweichend von der Regel des § 426 Abs.1 S.1 BGB bestimmen, ist in der Praxis die in § 426 Abs. 1 S.1 BGB vorgesehene Verteilung der Ausgleichspflicht zu gleichen Teilen nur noch dann maßgebend, wenn jeder andere Verteilungsmaßstab fehlt[2].

Der oben angenommene Fall, daß S_1 gegen S_2 keine Ausgleichsforderung hat, wird daher in der Praxis keine Seltenheit sein. Er soll aber hier nicht weiter behandelt werden, weil er bei der Aufrechnung keine Schwierigkeiten bereitet.

Kapitel 2

Der problematische Fall bei der Gesamtschuld

Dieser Fall ist gegeben, wenn weder der aufrechnungsberechtigte Gesamtschuldner S_2 noch der aufrechnungsberechtigte Gläubiger G von der Aufrechnungsbefugnis Gebrauch macht, sondern der Gläubiger G den im Innenverhältnis ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner S_1 in voller Höhe in Anspruch nimmt.

---

1) BGB-RGRK, § 426 Anm.13 und § 774 Anm.12.
2) RGZ 88, 122 (125); BGB-RGRK, § 426 Anm.9.

Es handelt sich also um folgenden Sachverhalt:

Der Gläubiger G hat Forderungen in Höhe von 1.000,-- DM gegen die Gesamtschuldner S_1 und S_2, von denen S_2 im Innenverhältnis die Schuld allein tragen muß. S_2 hat gegen G eine Gegenforderung in gleicher Höhe, mit der er gegen die Forderung des G aufrechnen kann.

Obwohl die Aufrechnungslage zwischen G und S_2 bereits seit dem 1.3. besteht, hat weder G noch S_2 die Aufrechnung erklärt. Am 1.4. nimmt G den S_1 in voller Höhe in Anspruch, worauf S_1 an G zahlt. Am 1.5. erfährt S_2 von der Zahlung des S_1 an G. Er will jetzt mit seiner ihm noch gegen G zustehenden Forderung gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung aufrechnen.

Die Frage, ob S_2 hierzu noch befugt ist, wenn S_1 bereits an G gezahlt hat, soll im Mittelpunkt dieser Arbeit stehen.

§ 3 Die Voraussetzungen der Aufrechnung bei der Gesamtschuld.

Wenn S_2 gegen die gemäß § 426 Abs.2 S.1 BGB von G auf S_1 kraft Gesetzes übergegangene Forderung aufrechnen will, so kann dies, da er gegen S_1 keine Ansprüche hat, nur mit einer Forderung geschehen,die ihm gegen G zusteht. Es fehlt daher an der Gegenseitigkeit der Forderungen zwischen S_2 und S_1. § 426 Abs.2 S.1 BGB ordnet aber einen gesetzlichen Forderungsübergang an, für den nach § 412 BGB die Ausnahmevorschrift des § 406 BGB von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen absieht.

Deshalb könnte man meinen, die Aufrechnung des S_2 gegen die nach § 426 Abs.2 S.1 BGB auf S_1 übergegangene Forderung müsse wegen der entsprechenden Anwendung des § 406 BGB auf die Fälle des gesetzlichen Forderungsüberganges zulässig sein.

Es bestehen auch grundsätzlich, wie wir gesehen haben[1], keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine kraft Gesetzes übergegangene Forderung.

Die Frage aber, ob diese Regelung auch bei der Gesamtschuld gilt, bei der sich der Gläubiger zur Befriedigung seiner Forderungen an zwei oder mehrere Schuldner halten darf, ist, soweit ersichtlich, bisher weder in der Literatur noch in der Judikatur erörtert worden.

Indes finden sich bei der Bürgschaft, bei der der Gläubiger ähnlich wie bei der Gesamtschuld zwei Schuldner in Anspruch nehmen kann, zahlreiche Stellungnahmen in der Rechtslehre und Rechtsprechung[2]; die Aufrechnung des Hauptschuldners mit einer ihm gegen den Gläubiger verbliebenen Forderung gegen die nach § 774 Abs.1 BGB kraft Gesetzes auf den Bürgen übergegangene Forderung wird hier ohne Bedenken zugelassen.

Bei der Behandlung der Bürgschaft[3] werde ich auf diese Ansichten eingehen. Hier soll nur bemerkt werden, daß an keiner Stelle auf Unterschiede zwischen der Bürgschaft und der Gesamtschuld hingewiesen wird. Man läßt die Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen zu, weil der gesetzliche Forderungsübergang nach § 412 BGB bezüglich der Aufrechnung ebenso behandelt werden soll wie eine Forderungsabtretung nach § 398 BGB. Wenn man diese Frage auch bei der Gesamtschuld nicht erörtert findet, so wird weder die Rechts-

---

1) Vgl. oben S.3.

2) Vgl. BGB-RGRK, § 774 Anm.9 und § 770 Anm.6 b; Koban, Der Regreß des Bürgen, S.60; Planck, Komm.z.BGB, 4. Aufl., § 774,4c; Schulz,Rückgriff und Weitergriff, S.76;Staudinger-Brändl, § 774 Anm.1.

3) Vgl. unten S.80.

lehre noch die Rechtsprechung eine andere Ansicht vertreten wollen, da auch hier das entscheidende Kriterium, der gesetzliche Forderungsübergang, gegeben ist.

Daß nach § 426 Abs.2 S.1 BGB die Forderung des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner kraft Gesetzes auf den zahlenden Gesamtschuldner übergeht, ist heute einhellige Meinung[1].

Tacken[2] meinte früher, § 426 Abs.2 S.1 BGB lasse in Wirklichkeit die Forderung des Gläubigers nicht auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehen, sondern modifiziere nur den aus § 426 Abs.1 BGB begründeten Ausgleichsanspruch, indem er fingiere, daß in dem Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs.1 BGB die Forderung des alten Gläubigers fortlebe; diese Ansicht ist jedoch mit dem Gesetz, das ausdrücklich einen Forderungsübergang vorsieht, nicht vereinbar.

Gemäß § 426 Abs.2 S.1 BGB erwirbt S_1 daher kraft Gesetzes die Forderung. Gegen diese Forderung könnte S_2 nach den §§ 412, 406, 387 BGB mit seiner ihm gegen G verbliebenen Forderung aufrechnen. Die Voraussetzungen für eine Aufrechnung liegen somit nach dieser Regelung vor.

Dennoch könnte die Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung unzulässig sein, wenn sie dem Zweck widerspricht, den der Gesetzgeber mit der Anordnung des gesetzlichen Forderungsübergangs in § 426 Abs.2 S.1 BGB erreichen wollte.

---

1) Vgl.BGB-RGRK, § 426 Anm.16; Erman-Westermann, § 426, 2; Enneccerus-Lehmann,Schuldrecht, § 95 II,4; Esser, Schuldrecht,§ 98, 3; Larenz,Schuldrecht I.Bd.,§ 33 II; Oertmann, § 426,4; Reichel,Schuldmitübernahme, S.566; Soergel-Siebert-Schmidt,§426 Anm.13; Staudinger-Werner, § 426 A I 1c.

2) Tacken, Diss., Der Ausgleichsanspruch, S.31.

Diese Untersuchung wäre von geringer Bedeutung, wenn der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner S_1 dem ausgleichsverpflichteten Gesamtschuldner S_2 die Aufrechnungsmöglichkeit dadurch entziehen könnte, daß er nicht den kraft Gesetzes von G auf ihn übergegangenen Anspruch, sondern einen anderen aus dem zwischen ihm und S_2 bestehenden Rechtsverhältnis geltend macht.

Deshalb muß zunächst geprüft werden, aus welchen Rechtsverhältnissen S_1 gegen S_2 Regreßansprüche herleiten kann und ob es für die Aufrechnung darauf ankommt, welche Ansprüche S_1 gegen S_2 geltend macht.

§ 4 Die Regreßansprüche des S_1 gegen S_2, gegen die eine Aufrechnung in Frage käme.

Nehmen wir an, S_1 habe im Auftrage von S_2 eine Darlehnsschuld des S_2 gegenüber G mitübernommen und sei später von G in voller Höhe in Anspruch genommen worden. Es fragt sich, welche Regreßansprüche ihm gegen S_2 zustehen:

1. Als S_1 auf Grund des Auftrages die Darlehnsschuld des S_2 mitübernahm, entstand zwischen S_2 und S_1 ein Gesamtschuldverhältnis[1].

a) Daher gilt grundsätzlich § 426 Abs.1 BGB, der dem Schuldmitübernehmer einen Ausgleichsanspruch gibt; dieser Anspruch entsteht bereits mit der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses[2].

b) § 426 Abs.1 BGB ist aber eine subsidiäre Vorschrift. Sie greift nur ein, "soweit nicht ein anderes bestimmt ist." Im Verhältnis des Mitübernehmers zum Urschuldner ist § 426 Abs. 1 BGB daher nur anzuwenden, soweit sich nicht aus

---

1) RGZ 135, 104 (107); BGB-RGRK, vor § 414 Anm.12; a.A.Blomeyer, Schuldrecht, § 44 I 2 a; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 84 IV 2 e; Larenz, Schuldrecht, Bd.I, § 31 III; Soergel-Siebert-Schmidt, vor § 414 Anm.5.

2) Soergel-Siebert-Schmidt, § 426 Anm.3.

dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis etwas anderes ergibt[1].

Danach kann sich für S_1 ein Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB oder aus einem Vertragsverhältnis ergeben.

Ist ein Vertragsverhältnis vorhanden, das von der Regel des § 426 Abs.1 BGB abweicht, so bestimmt sich die Ausgleichspflicht nach diesem; ein Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs.1 BGB entfällt[2].

Zwischen S_2 und S_1 bestand ein Auftragsverhältnis (§§ 662 ff BGB), das S_2 nach § 670 BGB verpflichtete, dem S_1 die zum Zwecke der Ausführung des Auftrages gemachten Aufwendungen zu ersetzen, die S_1 den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Da es Inhalt des Auftrages war, die Darlehnsschuld zu erfüllen, war die Zahlung des S_1 an G eine erforderliche Aufwendung i.S.d. § 670 BGB.

S_1 hat somit eine Ausgleichsforderung aus dem Auftrag (§ 670 BGB), und zwar in voller Höhe, so daß ein Anspruch des S_1 aus § 426 Abs.1 BGB entfällt.

Auch dann aber, wenn S_1 ohne vertragliche Verpflichtung oder sogar gegen den Willen von S_2 die Darlehnsschuld an G zahlt, hat er gegen S_2 einen Ausgleichsanspruch, der sich nicht nach § 426 Abs.1 BGB richtet: wenn S_1 zur Erfüllung der Darlehnsschuld von S_2 auch nicht beauftragt war, so kann doch die Erfüllung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des S_2 entsprochen haben, so daß S_1 für diesen Fall einen Ausgleichsanspruch aus einer Geschäftsführung

1) Reichel, Schuldmitübernahme, S.556.
2) Dagegen nimmt Palandt, § 426 Anm.1, an, daß ein Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs.1 BGB unabhängig davon ist, ob ein Innenverhältnis besteht. Palandt ist daher der Ansicht, der in Anspruch genommene Gesamtschuldner könne aus dreifachem Grunde Regreß nehmen.

ohne Auftrag (§§ 677, 683 BGB) hat, während er gegen S_2 einen Bereicherungsanspruch (§ 812 BGB) geltend machen kann, wenn er gegen den Willen des S_2 die Darlehnsschuld an G zahlt; durch die Zahlung hat S_2 Aufwendungen erspart, weil er von seiner Schuld gegenüber G befreit worden ist.

Der Ausgleichsanspruch des zahlenden Gesamtschuldners kann daher grundsätzlich auf einem Innenverhältnis, sei es einem Auftrag, einer Geschäftsführung ohne Auftrag, einem Gesellschaftsverhältnis oder einer ungerechtfertigten Bereicherung, beruhen.

2. S_1 kann daneben gegen S_2 die Forderung des alten Gläubigers geltend machen; gemäß § 426 Abs.2 S.1 BGB geht diese Forderung kraft Gesetzes auf den zahlenden Gesamtschuldner über, soweit ihm Ausgleichsansprüche zustehen.

Die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung gibt diesem zwar gegen S_2 einen selbständigen Anspruch. Dieser Anspruch ist aber kein Ausgleichsanspruch wie es die Ansprüche aus dem Innenverhältnis und aus § 426 Abs.1 BGB sind. Weil der gesetzliche Forderungsübergang nur eintritt, wenn der zahlende Gesamtschuldner von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, ist der Anspruch des S_1 aus § 426 Abs.2 S.1 BGB nur die Folge bereits bestehender Ausgleichsansprüche. Der Anspruch aus der kraft Gesetzes erworbenen Forderung ist deshalb ein akzessorischer Anspruch[1], der nur entsteht, wenn Ausgleichsansprüche vorhanden sind; er verfolgt den Zweck, diese zu sichern.[2]

---

1) Oertmann, Komm. z. BGB, § 426, 4 b; Planck, Komm.z.BGB, § 426, 3; Reichel, aaO. S.566 und 569; Staudinger-Werner, § 426 A I, 1 c.

2) Erman - Westermann, § 426, 2.

S_1 hat somit gegen S_2 zwei Ansprüche; einen aus dem Innenverhältnis und einen aus der kraft Gesetzes auf ihn übergegangenen Forderung des G.

S_1 wird jeweils den Anspruch gegen S_2 geltend machen, der für ihn am günstigsten ist. Das kann der auf ihn kraft Gesetzes übergegangene Anspruch sein, weil mit dem Übergang dieses Anspruchs auch die dafür bestellten Sicherheiten übergehen, §§ 412, 401 BGB. S_1 wird sich auf den Anspruch aus § 426 Abs.2 BGB aber nicht berufen, wenn S_2 hiergegen aufrechnen kann. In diesem Falle wird S_1 seine Ansprüche aus dem Innenverhältnis oder aus § 426 Abs.1 BGB geltend machen wollen; gegen diese Ausgleichsansprüche darf S_2 mit seiner Forderung gegen G nicht aufrechnen[1)], weil der Schuldner der einen Forderung nicht zugleich Gläubiger der anderen Forderung ist und § 406 BGB hier nicht eingreift; diese Bestimmung enthält nur insoweit eine Ausnahme von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit, als es sich um einen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Forderungsübergang handelt. Beides aber ist bei den auf das Innenverhältnis oder auf § 426 Abs.1 BGB gestützten Ausgleichsforderungen nicht der Fall. Diese Forderungen sind in der Person des S_1 entstanden, sie haben niemals dem G gehört.

Wenn S_1 seine Regreßansprüche aus dem Innenverhältnis geltend macht, dann kann S_2 zwar gegen diese Ansprüche nicht aufrechnen, aber S_1 kann dadurch auch nicht verhindern, daß S_2 gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung aufrechnet; denn wenn diese Forderung auf S_1 übergegangen ist, dann kommt es nicht darauf an, welche Forderung S_1 gegen S_2 geltend macht. S_2 kann auch dann gegen die kraft Gesetzes auf

1) Vgl.die Literatur bei der Bürgschaft,bei der dieselben Verhältnisse vorliegen:
RGZ 59,207 (209); BGB-RGRK,§ 774 Anm.9; Soergel-Siebert-Schmidt, § 387 Anm.2; Staudinger-Brändl, § 774 Anm.1.

S_1 übergegangene Forderung aufrechnen, wenn S_1 keine Forderung geltend macht.

Dagegen war das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 59. Band Seite 207 ff anderer Ansicht. Es gab dem Ausgleichsanspruch eines Bürgen[1], den dieser auf ein Auftragsverhältnis gründete, gegen den Hauptschuldner statt, obwohl dieser gegen die kraft Gesetzes von dem Gläubiger auf den Bürgen übergegangenen Forderung mit einer Gegenforderung gegen den Gläubiger aufgerechnet hatte. Nach der Ansicht des Reichsgerichts steht dem Bürgen ein Ausgleichsanspruch aus dem Innenverhältnis zu, weil der Hauptschuldner nicht gegen die kraft Gesetzes von dem Gläubiger auf den Bürgen übergegangenen Forderung aufrechnen könne, wenn der Bürge im Prozeß nur einen Anspruch aus dem Innenverhältnis geltend mache.

Das Reichsgericht[2] hat ausgeführt: "Er (der Hauptschuldner) würde freilich nach § 412 verglichen mit § 406 BGB aufrechnen können, insoweit der Anspruch des Klägers als der nach § 774 Abs.1 BGB auf diesen übergegangene der Nebenintervenientin (der früheren Gläubigerin) gedacht würde; aber da der Kläger seinen Anspruch auch als einen selbständigen auf § 670 BGB gründen kann, so ist selbstverständlich die Aufrechnung mit einem dem Beklagten gegen einen anderen als den Kläger zustehenden Anspruch ausgeschlossen; denn der Kläger hat die Wahl, welche Art der Begründung er benutzen will."

Das Reichsgericht stellt also auf das Rechtsverhältnis ab,auf das sich der Bürge beruft; es läßt eine Aufrechnung gegen die

---

1) Bei der Bürgschaft besteht dasselbe Abhängigkeitsverhältnis zwischen der nach § 774 Abs.1 BGB kraft Gesetzes vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangenen Forderung und den Ausgleichsansprüchen wie bei der Gesamtschuld, so daß diese Entscheidung auch für die Gesamtschuld herangezogen werden kann. Der Umstand, daß für den Forderungsübergang nach § 774 Abs.1 BGB Ausgleichsansprüche nicht erforderlich sind, ändert daran nichts, vgl. § 774 Abs.1 S.3 BGB.

2) RGZ 59, 207 (209).

kraft Gesetzes vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung nicht zu, wenn der Bürge diese Forderung nicht geltend macht. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar hat der Bürge im Prozeß nur seinen ihm aus dem Innenverhältnis gegen den Hauptschuldner zustehenden Anspruch geltend gemacht. Aber er hat gemäß § 774 Abs.1 BGB auch den Anspruch des alten Gläubigers, gegen den der Hauptschuldner gemäß §§ 412, 406 BGB aufrechnen konnte, erworben. Wie der Bürge seinen Ausgleichsanspruch begründet, kann für die Zulässigkeit der Aufrechnung keine Bedeutung haben. Entscheidend ist, ob auf den Bürgen kraft Gesetzes die Forderung des alten Gläubigers übergegangen ist. Wenn das der Fall ist, dann liegen die Voraussetzungen für eine Aufrechnung gegen diesen Anspruch auch dann vor, wenn der Bürge im Prozeß nur einen Anspruch aus dem Innenverhältnis einklagt. Das hat m.E. das Reichsgericht übersehen, da es allein darauf abstellte, aus welchem Rechtsverhältnis der Bürge seinen Ausgleichsanspruch begründete.

Weil der Bürge neben seiner Forderung aus dem Innenverhältnis auch gemäß § 774 Abs.1 BGB kraft Gesetzes die Forderung des Gläubigers erwarb, konnte also in dem Fall, den das Reichsgericht zu entscheiden hatte, der Hauptschuldner nach der damaligen und heutigen Lehre[1] mit seiner ihm gegen den Gläubiger verbliebenen Forderung gegen die kraft Gesetzes auf den Bürgen übergegangene Forderung aufrechnen.

Durch die Aufrechnung erlosch die kraft Gesetzes vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung, § 389 BGB. Das

---

1) Vgl.BGB-RGRK, § 774 Anm.9 und § 770 Anm.6 b; Koban, Der Regreß des Bürgen,S.60; Planck,Komm.z.BGB, 4.Aufl.,§ 774, 4 c; Schulz, Rückgriff und Weitergriff, S.76; Staudinger-Brändl, § 774 Anm.1. Diese Auffassung ist allerdings m.E., wie die späteren Ausführungen (vgl.unten S.80 ff) zeigen werden, nicht richtig.

Reichsgericht hätte also die Aufrechnung des Hauptschuldners zulassen und dann die Frage stellen müssen, was mit den Ausgleichsansprüchen aus dem Innenverhältnis wird, wenn die kraft Gesetzes vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung durch die Aufrechnung erloschen ist.

§ 5 Der Einfluß der Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche aus dem Innenverhältnis und die Auswirkungen der Aufrechnung auf die Beteiligten.

Da S_2 gegen die Ausgleichsansprüche des S_1 nicht aufrechnen darf und S_1 die Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung nicht dadurch verhindern kann, daß er die Regreßansprüche aus dem Innenverhältnis geltend macht, fragt es sich, welchen Einfluß eine Aufrechnung des S_2 gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung auf die Ausgleichsforderungen aus dem Innenverhältnis oder aus § 426 Abs.1 BGB haben kann.

Es gibt hier zwei Möglichkeiten: entweder erlöschen auch die Ausgleichsansprüche aus dem Innenverhältnis oder aus § 426 Abs.1 BGB, wenn gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung aufgerechnet wird (1.Möglichkeit), oder die Ausgleichsansprüche bleiben von der Aufrechnung unberührt (2.Möglichkeit).

I. Es erlöschen auch die Ausgleichsansprüche

Für die erste Möglichkeit könnte folgende Überlegung sprechen: Die Aufrechnung ist eine Leistung an Erfüllungs Statt, die dieselben Wirkungen haben muß wie die Erfüllung. Zahlte aber S_2 an S_1 auf die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung, so tilgte die Zahlung nicht nur diese Forderung, sondern führte gleichzeitig zum Erlöschen der Ausgleichsan-

sprüche[1]; S_1 kann die Leistung nur einmal verlangen, weil bei einem einheitlichen Tatbestand eine doppelte Befriedigung auch dann ausgeschlossen ist, wenn sich aus diesem Tatbestand mehrere Ansprüche ergeben[2].

Wenn man also der Aufrechnung an Erfüllungs Statt die Wirkung gäbe, die eine Erfüllung hat, dann müßte auch die Aufrechnung neben der kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangenen Forderung die übrigen Ausgleichsansprüche des S_1 tilgen.

Eine Aufrechnung mit dieser Wirkung hat folgende Auswirkungen für die Beteiligten:

1. Auswirkungen auf die Rechtsstellung des S_1:

Nach § 389 BGB hat die Aufrechnung rückwirkende Kraft, d.h. die Forderungen erlöschen nicht erst mit der Aufrechnungserklärung, sondern bereits in dem Zeitpunkt, in dem sie sich zum ersten Male aufrechenbar gegenüber traten[3].

Das war in unserem Falle[4] am 1.3. Am 1.4. hat S_1 jedoch erst an G gezahlt. Es fragt sich deshalb, ob S_1 gleichwohl am 1.4. mit der Befriedigung des G die Forderung des alten Gläubigers kraft Gesetzes nach § 426 Abs.2 S.1 BGB erworben hat; nur dann lagen die Voraussetzungen für eine Aufrechnung vor.

---

1) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I.Bd.,2. Hälfte, § 121 Ziffer 3 und II.Bd.2.Hälfte, § 297 Anm. 10; Koban, Der Regreß des Bürgen und des Pfandeigentümers, S. 40; Kremer, Die Mitbürgschaft, S.145; Planck, Komm.z.BGB, § 774, 1 B; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S.176 ff; Staudinger-Brändl, § 774 Anm.1.

2) Vgl. Crome, aaO. I.Band., 2.Hälfte, § 121 Ziffer 3.

3) BGB-RGRK, § 389 Anm.2; Erman-Westermann, § 389, 2.

4) Vgl. oben S. 10.

Wäre dagegen die Forderung des alten Gläubigers bereits am 1.3. erloschen, - wie ich das oben[1] angenommen habe -, so hätte S_1 sie nicht erwerben können. Folglich lägen auch am 1.5. die Voraussetzungen für eine Aufrechnung nicht vor.

Um hier keinem Zirkelschluß zu verfallen, müssen wir klarstellen, daß sich die Rückwirkung der Aufrechnung nach § 389 BGB nur auf die Wirkungen der Aufrechnung, nicht auf ihre Voraussetzungen bezieht[2].
Das wird an folgendem Beispiel deutlich:

Wenn G_1 seine Forderung gegen S an G_2 abtritt, dann kann S gemäß § 406 BGB auch gegenüber G_2 aufrechnen, falls er das vor der Abtretung gegenüber G_1 konnte. Die rückwirkende Kraft der Aufrechnung hat nicht zur Folge, daß G_2 von G_1 keine Forderung erwarb; denn wäre das der Fall, dann hätte § 406 BGB keine Bedeutung, weil S gegenüber G_2 ohnehin nicht aufrechnen könnte: es fehlte dann dem G_2 an einer Forderung, gegen die aufgerechnet werden könnte.

Deshalb wird der Erwerb der Forderung durch S_1 von der Rückwirkung der Aufrechnung nicht berührt. S_1 hat damit am 1.4. kraft Gesetzes die Forderung des alten Gläubigers erworben und war auch bis zum 1.5. Inhaber dieser Forderung.
Die Voraussetzungen für eine Aufrechnung des S_2 gegenüber S_1 lagen also vor.

Was allerdings nach der Aufrechnungserklärung mit der Forderung geschieht, gegen die aufgerechnet worden ist, das gehört zu den Wirkungen der Aufrechnung und wird deshalb von deren rückwirkender Kraft erfaßt. Folglich gilt nach § 389 BGB die Forderung, die S_1 am 1.4. nach § 426 Abs.2 S.1 BGB

1) Vgl. S.20 (Mitte)
2) BGB-RGRK,§ 389 Anm.3;Staudinger-Werner,§ 389 II 2 b.

kraft Gesetzes erwarb, bereits am 1.3. als erloschen.

Da mit der Tilgung dieser Forderung durch die Aufrechnung des S_2 auch der Gläubiger G am 1.3. befriedigt war, hat S_1 am 1.4. mit seiner Zahlung an G eine Nichtschuld bezahlt[1].

Durch die Aufrechnung des S_2 ist sowohl die kraft Gesetzes auf S_1 übergegangene Forderung erloschen als auch jeder Ausgleichsanspruch aus einem Innenverhältnis oder aus § 426 Abs. 1 BGB[2]. S_1 hat damit gegen S_2 keine Ansprüche. Er ist auf Bereicherungsansprüche gegen G angewiesen. Dieser muß ihm das Empfangene nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben. Das braucht, wenn G in finanziell guten Verhältnissen lebt, für S_1 keinen Nachteil zu bringen. Bedenklich wird es aber, wenn G in Vermögensverfall geraten ist oder sich nach § 818 Abs.3 BGB auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann.

Gegen diese Bedenken ließe sich einwenden, auch dann, wenn S_2 nicht aufgerechnet hätte, könnte dem S_1 die Realisierung seiner Ausgleichsansprüche gegen S_2 nicht garantiert werden; denn auch S_2 könne in der Zwischenzeit in Vermögensverfall geraten sein.

Dennoch wäre es für S_1 besser, wenn er, statt auf Bereicherungsansprüche gegen G angewiesen zu sein, gegen S_2 Regreß nehmen könnte:

Seine Ausgleichsansprüche gegen S_2 sind gesichert durch die für die Forderungen des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner

---

1) Vgl.BGB-RGRK,§ 406 Anm.8; Oertmann,Komm.z.BGB, § 406,5; Planck, Komm. z. BGB, § 406, 4.

2) Vgl. oben S.19/20.

bestellten Sicherheiten, wie Pfandrechte, Hypotheken oder Bürgschaften; denn nach § 426 Abs.2 S.1, §§ 412, 401 BGB gehen die für die Forderung des alten Gläubigers bestellten Sicherheiten auf den in Anspruch genommenen Gesamtschuldner über. Dagegen ist ein Bereicherungsanspruch des S_1 gegen G nicht gesichert.

Einen Bereicherungsanspruch gegen G bekommt S_1, weil er infolge der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung am 1.4. eine Nichtschuld an G zahlt, Deshalb könnte man meinen, es liege nicht an der Zulassung der Aufrechnung durch S_2 gegen die nach § 426 Abs.2 S.1 BGB auf S_1 übergegangene Forderung, sondern an deren rückwirkender Kraft, daß S_1 sich mit dem ungesicherten Bereicherungsanspruch gegen G begnügen müsse.

Daß diese Überlegung nicht richtig ist, werden wir sehen,wenn wir, was jetzt geschehen soll, die Auswirkungen einer Aufrechnung mit ex nunc-Wirkung untersuchen.

Wenn wir annehmen, die Aufrechnung wirke nur ex nunc, dann erlischt am 1.5. mit der Aufrechnungserklärung des S_2 nicht nur die nach § 426 Abs.2 S.1 BGB von G auf S_1 kraft Gesetzes übergegangene Forderung, sondern es erlöschen durch die Tilgung dieser Forderung auch die Ausgleichsansprüche des S_1 gegen S_2[1]. S_1 kann daher von S_2 nichts verlangen.
Auch bei einer Aufrechnung mit ex nunc-Wirkung kann S_1 also das an G Gezahlte von S_2 nicht ersetzt verlangen.

S_1 hätte bei einer Aufrechnung des S_2, die nur ex nunc wirkte, auch keinen Bereicherungsanspruch gegen G; denn als er am 1.4. an G zahlte, bestanden noch die Forderungen des G gegen die Gesamtschuldner S_1 und S_2, so daß S_1 keine Nichtschuld bezahlte.

---

1) Vgl. oben S. 19/20.

Der Gewinner wäre somit der Gläubiger G, und zwar in doppelter Hinsicht; einmal hätte S_1 ihn befriedigt, zum anderen wäre er von seiner Verbindlichkeit gegenüber S_2 freigeworden; denn diese wäre durch die Aufrechnung des S_2 gegen die Forderung des S_1 aus § 426 Abs.2 S.1 BGB erloschen.

Die Ergebnisse der Aufrechnung mit ex nunc-Wirkung sind deshalb untragbar. Eine Aufrechnung mit dieser Folge - unabhängig davon, ob die Ausnahme mit § 389 BGB zu vereinbaren ist - muß daher von vornherein ausscheiden.

S_1 steht daher schlechter, wenn S_2 mit seiner Gegenforderung gegen G gegen die von G auf ihn (S_1) nach § 426 Abs.2 S.1 BGB übergegangene Forderung aufrechnen kann.

Der Grund dafür liegt nicht in der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung, sondern in der Zulassung der Aufrechnung durch S_2 gegen die kraft Gesetzes auf S_1 übergegangene Forderung.

2. Auswirkungen (der Aufrechnung) auf die Rechtsstellung des Gläubigers:

Durch die Aufrechnung des S_2 gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung wird auch die Rechtsstellung des Gläubigers G betroffen.

Wenn S_2 am 1.5. mit seiner ihm gegen G verbliebenen Forderung gegen die nach § 426 Abs.2 S.1 BGB kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung aufrechnet, erlischt diese bereits am 1.3. S_1 zahlt also am 1.4. eine Nichtschuld.

Der Gläubiger G muß daher nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung das am 1.4. von S_1 Empfangene an diesen herausgeben; sonst hätte er doppelte Befriedigung erlangt: einmal wäre er von seiner Verbindlichkeit gegenüber S_2 durch die

Aufrechnung freigeworden, und zum anderen zahlte S_1 an ihn die Schuld der Gesamtschuldner.

Man könnte meinen, die Verpflichtung des G, dem S_1 den von diesem gezahlten Betrag zurückzuerstatten, wäre eine Besonderheit beim gesetzlichen Forderungsübergang. Das ist aber nicht so; G müßte auch dann das Empfangene herausgeben, wenn er eine Forderung an einen Dritten abgetreten hätte, gegen die der Schuldner nachträglich aufgerechnet hat.

Dennoch bestehen Unterschiede:

Tritt der Gläubiger seine Forderung, gegen die der Schuldner aufrechnen kann, einem Dritten ab, dem er sie verkauft hat, so muß er, weil er nach § 437 BGB für den rechtlichen Bestand der Forderung haftet, an diesen jedenfalls den für die Forderung gezahlten Kaufpreis herausgeben, wenn der Schuldner dem Dritten gegenüber die Aufrechnung erklärt. In diesem Fall mußte der Gläubiger mit seiner Herausgabepflicht rechnen,weil er außer dem aufrechnungsbefugten Schuldner keinen anderen in Anspruch nehmen konnte und deshalb seine Forderung nichts mehr wert war. Weder durfte G sich als Gläubiger betrachten, noch brauchte der Schuldner sich als Schuldner zu fühlen.

Dagegen liegen die Verhältnisse bei der Gesamtschuld anders. Hier hat der Gläubiger Forderungen gegen mehrere Schuldner, die er gemäß § 421 BGB nach seinem Belieben in Anspruch nehmen kann.

Der Gläubiger darf sich nach § 421 BGB unter den Gesamtschuldnern den leistungsfähigsten aussuchen.

Wenn er aber an den von ihm in Anspruch genommenen Gesamtschuldner S_1 das Empfangene nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzahlen muß, falls der auf-

rechnungsbefugte Gesamtschuldner S_2 später die Aufrechnung erklärt, so wird die von ihm getroffene Schuldnerwahl nachträglich wieder beseitigt. Die Zulassung der Aufrechnung durch S_2 beeinträchtigt somit das dem Gläubiger in § 421 BGB eingeräumte Recht, die Leistung nach seinem Belieben von jedem Schuldner zu fordern.

Durch eine Aufrechnung mit der Wirkung, daß auch die Ausgleichsansprüche getilgt werden, wird also sowohl die Rechtsstellung des S_1 als auch die des G verschlechtert.

II. Die Ausgleichsansprüche bleiben von der Aufrechnung unberührt.

Demgegenüber ist der in Anspruch genommene Gesamtschuldner S_1 nicht auf Bereicherungsansprüche gegen G angewiesen, wenn man der Ansicht ist, daß die Ausgleichsansprüche aus dem Innenverhältnis oder aus § 426 Abs.1 BGB bestehen bleiben (2. Möglichkeit)[1], falls S_2 gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung aufrechnet.

Für diese Auffassung spricht also, daß dem S_1 nicht alle Ansprüche gegen S_2 genommen werden, ohne daß ihm die Vorteile der Aufrechnung zugute kommen. Das wäre aber der Fall, wenn durch die Aufrechnung nicht nur die kraft Gesetzes vom Gläubiger auf S_1 übergegangene Forderung, sondern auch die anderen Ausgleichsansprüche erlöschen würden; denn die Wirkung der Aufrechnung kommt nur dem Gläubiger und dem Aufrechnenden zugute: der Gläubiger wird von seiner Schuld gegenüber dem Aufrechnenden befreit, und der Aufrechnende tilgt wegen der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung, § 389 BGB, seine Schuld gegenüber dem Gläubiger.

---

1) Vgl. oben S. 19.

Indes bestehen auch Bedenken gegen diese Ansicht; denn eine Aufrechnung mit der Folge, daß durch sie nur die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung getilgt wird, während die Ausgleichsansprüche bestehen bleiben, wirkt sich wie folgt auf die Beteiligten aus:

1. Auf die Stellung des zahlenden Gesamtschuldners.

S_1 behält zwar seine Ausgleichsansprüche gegen S_2 und ist nicht auf Bereicherungsansprüche gegen G angewiesen. Aber wenn S_2 gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung aufrechnet, dann erlischt diese, und mit ihr erlöschen auch die für diese Forderung bestellten akzessorischen Nebenrechte, so daß sie dem S_1 verloren gehen.

2. Auf die Stellung des Gläubigers.

Der Gläubiger muß unabhängig davon, welchen Einfluß die Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche hat, nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben, was er von S_1 bekommen hat; denn infolge der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung war er schon befriedigt, als S_1 an ihn leistete.

3. Auf die Stellung des aufrechnungsbefugten Gesamtschuldners.

Eine Aufrechnung mit der Folge, daß die Ausgleichsansprüche bestehen blieben, wäre für den Aufrechnenden S_2 nicht sinnvoll. Sie tilgte zwar die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung; der Aufrechnende verlöre aber seine ursprüngliche Forderung gegen G, weil er mit dieser aufgerechnet hätte, und bliebe dennoch den Ausgleichsansprüchen des S_1 ausgesetzt. Zwar hat er keinen doppelten Nachteil, wie es zunächst scheint; denn wenn er auch seine ursprüngliche Gegenforderung gegen G verlöre, dann würde er doch einen Bereicherungsanspruch erwerben. Die Aufrechnungserklärung hat nach

§ 389 BGB rückwirkende Kraft. Das führt dazu, daß die Forderung des G bereits erloschen ist, bevor S_1 an den Gläubiger zahlt. Die Zahlung an den Gläubiger durch S_1 ist dann eine Zahlung einer Nichtschuld, so daß dieser gegen den Gläubiger nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung das Gezahlte zurückverlangen kann[1]. War S_1 aber beauftragt, an den Gläubiger zu zahlen, so hat er den Bereicherungsanspruch aus einer Geschäftsbesorgung erlangt und muß ihn nach §§ 667,398 BGB an den Aufrechnenden S_2 abtreten, der ihn danach gegen den Gläubiger geltend machen kann.

Aber auch dann, wenn der Aufrechnende den Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger erlangt hat, steht er schlechter, als wenn er nicht aufgerechnet hätte; denn die Ausgleichsansprüche des S_1 muß er erfüllen, während die Erfüllung seines Bereicherungsanspruchs gefährdet ist, da der Gläubiger sich jetzt auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann, § 818 III BGB.

Die Aufrechnung durch S_2 bringt also, unabhängig davon, welche Wirkung sie auf die Ausgleichsansprüche des S_1 hat, in jedem Fall Nachteile für die Beteiligten. Deshalb könnte die Aufrechnung des S_2 gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung unzulässig sein, ohne daß es darauf ankäme, welchen Einfluß die Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche des S_1 gegen S_2 hat. Diese Frage soll daher hier offen bleiben. Im folgenden werden aber, soweit es die Untersuchung erfordert[2], beide Möglichkeiten berücksichtigt.

---

1) Vgl. oben S.22.

2) Vgl. unten S.57 ff.

Kapitel 3

Die Lösung

Wenn die Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung auch für die Beteiligten Nachteile hat, so braucht sie deshalb noch nicht unzulässig zu sein; denn neben den Nachteilen stehen die Vorteile für den aufrechnungsbefugten Gesamtschuldner S_2 für den Fall, daß durch die Aufrechnung auch die Ausgleichsansprüche des S_1 getilgt werden. Es könnte daher sein, daß der Gesetzgeber die Interessen des S_2 auf Kosten des S_1 und des Gläubigers schützen will. Ob das die Absicht des Gesetzgebers ist, muß sich aus dem Gesetz und aus den gesetzlichen Werturteilen ergeben. Es ist daher im Gesetz nach einer Regelung zu suchen, die darüber etwas aussagt.

§ 6 Die sich widersprechenden gesetzlichen Regelungen.

Nach § 426 Abs.2 S.1 BGB und nach den §§ 412, 406 BGB ist die Aufrechnung durch S_2 gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung formal zulässig[1)].

Dieser Regelung könnte die Bestimmung des § 421 S.1 BGB gegenüber stehen, wonach der Gläubiger Erfüllung seiner Forderungen nach freiem Belieben von jedem Gesamtschuldner fordern kann.

§ 421 BGB will den Gläubiger privilegieren. Er soll sich von den Gesamtschuldnern den leistungsfähigsten aussuchen und

---

1) Vgl. oben S. 11.

ihn auf volle Leistung in Anspruch nehmen können. Er kann, auch wenn er 20 Schuldner hat, die ganze Leistung von einem fordern. Der Gläubiger bei der Gesamtschuld ist - wie es Heck anschaulich ausdrückt - ein juristischer Pascha[1].

Diese bevorzugte Stellung wird dem Gläubiger genommen[2], wenn man die Aufrechnung des S_2 gegen die von G auf S_1 kraft Gesetzes übergegangene Forderung zuläßt: der Gläubiger muß das von S_1 Empfangene herausgeben, obwohl er als Gläubiger von Gesamtschuldnern den S_1 in Anspruch nehmen darf. Wenn der Gläubiger die Rückgabe des Erlangten vermeiden will, dann darf er, wenn ein Gesamtschuldner gegen seine Forderung aufrechnen kann, die übrigen nicht aufrechnungsbefugten Gesamtschuldner nicht in Anspruch nehmen. Er könnte sich also nur an den aufrechnungsbefugten Gesamtschuldner halten und müßte, wenn er selbst nicht aufrechnungsbefugt wäre, auf seine Befriedigung warten, bis der aufrechnungsbefugte Gesamtschuldner die Aufrechnung erklärt. Bei Zulassung der Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung wird dem Gläubiger daher das Recht genommen, die Leistung von jedem Schuldner nach seinem Belieben zu fordern. Daher steht die Bestimmung des § 421 BGB einer Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung bei der Gesamtschuld entgegen.

Wir haben also im Gesetz zwei Regelungen, die jeweils zu verschiedenen Ergebnissen kommen: nach der ersten Regelung (§ 426 Abs.2 S.1, §§ 412, 406 BGB) ist die Aufrechnung des S_2 gegenüber dem S_1 auch beim Gesamtschuldverhältnis zulässig, nach der zweiten (§ 421 S.1 BGB) ist das nicht der Fall.

---

1) Heck, Schuldrecht, § 76, 4 a.

2) Vgl. oben S.24 ff.

Damit widerspricht sich das Gesetz. Einen solchen Widerspruch des Gesetzes nennt man einen "Normwiderspruch"[1].

Noch in den Jahren 1939/40 meinte Weigelin[2], die kontinentale und insbesondere die deutsche Art der Gesetzgebung lasse es kaum denkbar erscheinen, daß zwei gesetzliche Bestimmungen sich unvereinbar gegenüberstünden. Deshalb könnte man meinen, in einem so gut durchdachten Gesetz wie dem Bürgerlichen Gesetzbuch gebe es keinen Normwiderspruch. Dann könnte unsere Behauptung, § 426 Abs.2 S.1, §§ 412, 406 BGB einerseits und § 421 BGB andererseits widersprächen sich, nicht richtig sein.

Indes war schon vor Weigelin die Möglichkeit von Normwidersprüchen anerkannt[3], und auch im Bürgerlichen Gesetzbuch hat man solche Widersprüche aufgedeckt.

Ein Beispiel dafür bietet die Problematik des Ausgleichsanspruchs zwischen mehreren dinglich Haftenden[4]:

Zur Sicherung einer Forderung sind eine Hypothek und ein Sachpfand bestellt. Befriedigt der Grundstückseigentümer den Gläubiger, so geht nach § 1143 Abs.1 S.1 BGB die persönliche Forderung und damit gemäß §§ 412, 401 BGB das Pfandrecht auf ihn über; befriedigt dagegen der Verpfänder den Gläubiger, so erwirbt er nach § 1225 S.1, §§ 412, 401 BGB die Forderung und Hypothek in voller Höhe. Im ersten Fall könnte also der

---

1) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung,S.46 ff; Larenz, Methodenlehre, S.235.
2) Weigelin,Die Lücken im Recht,Jherings Jahrbücher,88.Bd. S. 25.
3) Vgl.Burckhardt,Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung;Heck,Begriffsbildung,S.87/88;Sauer,Juristische Methodenlehre,S.282;Somlo,Juristische Grundlehre, S.383.
4) Vgl. Canaris,Die Feststellung von Lücken im Gesetz, § 60; Westermann, Sachenrecht, § 103 III 5.

Grundstückseigentümer, im zweiten der Verpfänder bei dem anderen in vollem Umfang Regreß nehmen; damit hätte stets den gesamten Schaden zu tragen, wer die Schuld nicht beglichen hat. Da beide gleiches Risiko tragen, ist dieses Ergebnis nicht gerechtfertigt. Eine solche Lösung wäre zwar denkbar; sie wäre aber willkürlich. Die Anordnungen der §§ 1143, 412, 401 BGB einerseits und des § 1225 S.1 sowie der §§ 412, 401 BGB andererseits widersprechen sich somit.

Ein weiteres Beispiel für einen Normwiderspruch im Bürgerlichen Gesetzbuch bietet folgender, vom II.Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschiedener Fall[1]:

Der Kläger und S hatten eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gegründet und vereinbart, die Geschäftsführung solle ihnen gemeinschaftlich zustehen. Der Kläger klagte gleichwohl eine Gesellschaftsforderung allein ein; er trug vor, S weigere sich ohne Grund, an der Geltendmachung der Forderung mitzuwirken. Er beantragte, den Beklagten zu verurteilen, den geschuldeten Geldbetrag an ihn und S zu zahlen.

Dieser Sachverhalt kann unter verschiedene Vorschriften subsumiert werden, die jeweils zu unterschiedlichen Ergebnissen führen:
Sind mehrere Gläubiger vorhanden, so kann nach § 432 BGB jeder Gläubiger die Leistung vom Schuldner an alle Gläubiger fordern, wenn eine unteilbare Leistung Gegenstand der Forderung ist. Diese Voraussetzung ist gegeben[2], da der Schuldner

---

1) BGHZ 39,14 = NJW 63,641 = MDR 63,286 = JuS 1963,199 Nr.2; Reinicke,Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 1964, 425.
2) So BGHZ 12,308 (311);17,340 (346 ff);39,14; RGZ 70,32 (33); 86,66 (68). Dagegen hält Diederichsen, MDR 1963,632 ff,den § 432 BGB in diesem Fall für unanwendbar.

nicht an jeden Gesellschafter einen Teil des geschuldeten Betrages zahlen darf.

Andererseits fällt der Sachverhalt unter § 709 BGB, wonach den Gesellschaftern die Führung der Geschäfte gemeinschaftlich zusteht, wenn sie, wie hier, nichts anderes vereinbart haben.

Die §§ 432 und 709 BGB widersprechen sich also:

Ist § 432 BGB anwendbar, dann kann der Gesellschafter die Forderung einklagen; gilt § 709 BGB, so ist er hierzu nicht berechtigt[1].

Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch kann es also Normwidersprüche geben.

Die Frage, wie der Widerspruch zwischen § 426 Abs.2 S.1, §§ 412, 406 BGB und § 421 BGB zu lösen ist, hängt davon ab, nach welchen Grundsätzen der Richter ein Gesetz auszulegen hat. Diese sind, je nach der angewandten Methode, unterschiedlich.

§ 7 Die Auslegungsmethoden.

Der Begriff "Auslegung" ist mehrdeutig. Im engeren Sinne umfaßt er die Erkenntnis, im weiteren Sinn auch die Ergänzung, Berichtigung und Anpassung des Gesetzesinhalts[2].

---

1) Der BGH (BGHZ 39, 14 (20) kommt zu folgendem Ergebnis: Die in § 432 BGB enthaltene Regelung wird durch § 709 BGB eingeschränkt. Diese Einschränkung fällt jedoch weg, wenn der Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten des anderen Gesellschafters beteiligt ist; es bleibt dann bei der Regelung des § 432 BGB.

2) Vgl. Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S.102.

I. Die Methoden für die Auslegung im engeren Sinne.

Nach welchen Grundsätzen ein Gesetz ausgelegt werden muß, ist umstritten.

Es stehen sich hier die objektiven[1] und die subjektiven[2] Theorien gegenüber, die jeweils in verschiedenen Varianten auftreten.

Folgt man den objektiven Theorien, so muß man bei der Gesetzesauslegung auf den "Willen des Gesetzes" abstellen, während nach den subjektiven Theorien der "Wille des Gesetzgebers" das entscheidende Kriterium ist. Diese viel verwendeten Schlagworte kennzeichnen aber den eigentlichen Unterschied der beiden Ansichten nicht deutlich. Nur Menschen können wollen, also die Menschen, die das Gesetz geschaffen haben, oder die, die es auslegen. Damit ist aber nicht etwa die objektive Methode widerlegt.

---

1) Vgl.dazu Binding, Handbuch des Strafrechts, §§ 95 ff;Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Bd.S.124 ff; ders., Über die Interpretation von Gesetzen, Grünhuts Zeitschrift, 13.Bd.1 ff (18); über weitere ältere Literatur vergleiche die Übersicht bei Heck,AcP Bd.112, S.5-6 mit Fußnoten; zur Rechtsprechung des BVerfG vergleiche Müller JZ 1962,471 ff; zur Rechtsprechung des BGH und des BAG vergleiche G. und D. Reinicke,NJW 1951,682 und dies., NJW 1955, 1380; Mattern, DStZ 1951,330; ders., ZfZ 1950, S.303 ff; Eberhard Schmidt, MDR 1950, 624 ff; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, S.47 ff.; Westermann, Die Anpassung der Auslegungsmethode, Festschrift für Karl Arnold, S.286; Westermann-Lepsien, Die sogenannten Auslaufmandate nach dem Aktiengesetz 1965, NJW 1966, 430 (432).

2) Bierling,Juristische Prinzipienlehre,Bd.4,S.230 und 256 ff; Brox, aaO.,S.102 ff; Heck,Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,AcP Bd.112; Regelsberger,Gesetz und Rechtsanwendung,Jherings Jahrbuch 58,148 ff;Rümelin,Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre; Stammler,Theorie der Rechtswissenschaft,S.614 ff; Stoll,Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz,AcP Bd. 133, 60 ff.

Die Formel "Wille des Gesetzes" stellt vielmehr nur ein Bild[1] dar; sie enthält vor allem einen negativen Inhalt und bedeutet, der Richter dürfe bei der Auslegung des Gesetzes nicht die subjektiven Vorstellungen, die Absichten, Interessenabwägungen und Werturteile des Gesetzgebers berücksichtigen und somit nicht die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien, in denen diese ihren Niederschlag gefunden haben, verwerten[2]. Das Gesetz[3] löse sich mit der Verkündung von dem Gesetzgeber los und werde selbständig, so daß Wille und Einsicht der Gesetzesverfasser gleichgültig würden. In dem Moment der Gesetzespublikation verschwinde, wie Bindings klassische Formulierung[4] lautet, mit einem Schlag der ganze Unterbau von Absichten und Wünschen des geistigen Urhebers des Gesetzes, ja des Gesetzgebers selbst, gehalten durch eigene Kraft und Schwere, erfüllt von eigenem Sinn, oft klüger, oft weniger klug als seine Schöpfer, oft reicher, oft ärmer als dessen Gedanken.

Das Gesetz stelle, wie es Eberhard Schmidt[5] ausgedrückt hat, ein von seiner psychologischen Entstehungsgrundlage losgelöstes, in sich selbständiges Gesetzesprodukt dar. Es sei aus sich heraus auszulegen und könne als konstante lebendige Kraft, das ein eigenes Leben führt, einen ganz anderen Sinn haben als den, den ihm die gesetzgebenden Faktoren beigelegt haben[6].

---

1) Bierling aaO. S.258.

2) Vgl. Kohler, Über die Interpretation von Gesetzen, Grünhuts Zeitschrift, 13.Bd. 1 ff.

3) Thöl, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, S. 150.

4) Binding, aaO. S. 454.

5) Eb. Schmidt, MDR 1950, 625.

6) Schwinge, aaO. S.62.

Die Frage, ob ein Gesetz objektiv oder subjektiv auszulegen sei, ist keine Frage der Erkenntnis, sondern der Wertung. Deshalb kann man nicht schlechthin sagen, die eine Methode sei richtig und die andere falsch. Falsch sind die objektiven Methoden nur insoweit, als sie zur Begründung dieser Ansicht begriffsjuristische Argumente verwenden[1].

Soweit die Vertreter der objektiven Methoden diese Ansicht nicht auf begriffsjuristische Erwägungen stützen, sondern meinen, ihre Methode diene der Rechtssicherheit[2] und fördere die Fortbildung des Rechts[3], kann man sie nicht als falsch bezeichnen.

Es gibt daher insoweit keine schlechthin falsche und richtige Auslegungsmethoden, sondern nur gute und schlechte.

Die Auslegungsmethode ist die beste, die das rechtsstaatliche Prinzip der Gewaltenteilung am sichersten wahrt und den beiden Idealen der Rechtsprechung, dem Ideal der Rechtssicherheit und dem der angemessenen Entscheidung des einzelnen Falles, am nächsten kommt[4].

Die Auslegungsmethoden[5] sind also an diesen Kriterien zu prüfen.

Die Vertreter der objektiven Theorien sind der Meinung, ihre Methode würde der Rechtssicherheit, also der Gleichförmigkeit

---

1) Vgl.dazu Brox,aaO.S.102;Heck,AcP 112,S.67; G.u.D.Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofes,NJW 1951, 682.
2) Vgl.dazu Danz,Jherings Jahrbuch 54,58 ff (74);Stampe, Die Freirechtsbewegung, S. 30.
3) Vgl.dazu vor allem Kohler, aaO.,S.124 ff; Wüstendörfer, AcP 110, 323 ff.
4) G.und D.Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des BAG, NJW 1955, 1380.
5) Gute Übersicht bei Bender,Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung u.Fortbildung gesetzten Rechts,JZ 57,593(597)

der Rechtsprechung und der Voraussehbarkeit ihrer Entscheidungen, am besten gerecht; die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes gefährde die Rechtssicherheit, das Absehen von diesem Material und die Auslegung des Gesetzes aus sich heraus werde sie fördern.

Diese Erwartung wird jedoch der Wirklichkeit nicht gerecht. Der Wortlaut eines Gesetzes ist in aller Regel vieldeutig[1]. Das Gesetz nimmt, um sich verständlich auszudrücken, Worte und Begriffe aus der Umgangssprache in sich auf, und diese haben nicht feste, klar umrissene Vorstellungen zum Inhalt, sondern enthalten neben einem Vorstellungskern weite Randgebiete, deren Umfang verschwimmt. Das gilt auch von Begriffen, die der Gesetzgeber selbst geprägt hat, zB. von dem in § 93 BGB aufgestellten Begriff der wesentlichen Bestandteile, dessen Wortlaut vieldeutig und dessen Auslegung umstritten ist[2]. Das Gesetz besteht somit, wie es Müller-Erzbach[3] treffend formuliert hat, nicht aus festen Bausteinen, sondern aus einem lockeren Maschenwerk dehnbarer und anpassungsfähiger Begriffe.

Trotzdem identifizieren Vertreter der objektiven Theorien das Gesetz mit seinem Wortlaut. Wenn dieser mehrdeutig ist, dann seien, so meint Kohler[4], entsprechend dem verschiedenen

---

1) Brox,aaO.S.103;Heck,AcP 112,23 ff; Gézar Kiß,Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht,JJ 58,457; Müller-Erzbach,JJ 61,361 ff; ders., Das private Recht der Mitgliedschaft, S.10 ff.
2) Vgl.dazu BGHZ 18,226 (229ff); RGZ 69,152; 87,45; 158,370; NJW 1950,64; JW 34,1258.
3) Müller-Erzbach,Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes,JJ 61,343 (372).
4) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Bd. S.125.

Sinn dieses Wortes mehrere Gedanken Gesetz geworden und der Richter habe die Wahl, welchen Sinn er diesem Worte entnehme. Dabei solle er sich vor allem von der Vernünftigkeit, der systematischen Folgerichtigkeit und der geschichtlichen Kulturentwicklung leiten lassen. Nach der Ansicht von Wüstendörfer[1] hat der Richter von dem Werturteil der führenden Kulturschicht des Volkes, nach der von Danz[2] von der Wirkung des Wortes auf einen verständigen Laien (auf die Allgemeinheit) auszugehen.

Diese Gesichtspunkte können im einzelnen Fall eine angemessene Entscheidung ermöglichen, geben aber keine Grundlage für eine Gleichförmigkeit und Voraussehbarkeit der Entscheidung. Die Richter werden bei der Frage, welche Lösung des Falles am vernünftigsten sei, welche Werturteile in der führenden Kulturschicht des Volkes herrschen, oder welches die Wirkung auf einen verständigen Laien ist, jeweils sehr verschiedener Meinung sein können[3].

Andere Spielarten der objektiven Theorien[4] berücksichtigen ebenfalls den Eindruck, den die Gesetzesworte machen; sie stellen es aber nicht auf den Eindruck eines Laien, sondern auf den eines Rechtskundigen ab: der Gesetzgeber sei die personifizierte soziale Durchschnittsauffassung, die sich durch den Mund des Rechtsgelehrten, des Richters und des Verwaltungsbeamten Gehör verschaffe; der Richter müsse die Entschei-

---

1) AcP 110, 323 ff.

2) JJ 54, 58 ff (74).

3) Vgl. dazu Brox, aaO. S. 103.

4) Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, Festschrift für Laband, S.401 ff; C.Schmitt, Gesetz u. Urteil, S.71 ff. Gegen Lukas und Schmitt: Heck, AcP 112, § 17, S.250 ff.

dung treffen, die ein anderer Richter voraussichtlich ebenfalls treffen werde.

Auch diese Auslegungsmethode, die gerade im Interesse der Rechtssicherheit aufgestellt ist, gefährdet diese in starkem Ausmaß. Richtig ist zwar, daß der Richter nicht ohne besondere Gründe von einer ständigen Rechtsprechung abweichen soll. In sehr vielen Fällen hat sich aber eine solche Rechtsprechung nicht gebildet, die Rechtsfragen sind im weiten Umfang streitig, und der Richter weiß nicht, ob seine Ansicht der allgemeinen Anschauung des "modernen rechtsgelehrten Juristen" entspricht.

Die Rechtssicherheit wird also durch die objektiven Auslegungsmethoden nicht gewährleistet.

Die objektiven Theorien können zwar vielfach zu einer angemessenen Entscheidung des einzelnen Falles kommen. Wenn der Wortsinn des Gesetzes mehrdeutig ist und der Richter die Entscheidung wählen kann, die er für die beste hält, dann wird ein guter Richter ein vernünftiges Urteil sprechen. Eine Gefahr besteht aber dann, wenn der Wortlaut eindeutig ist, jedoch keine sachgemäße Entscheidung ermöglicht. Dann könnte diese Auslegungsmethode zu einer Buchstabenjurisprudenz führen.

Andere objektive Lehren[1)] gewähren dem Richter für diesen Fall das Recht, vom Wortlaut abzuweichen. Es soll dann freies Richterrecht gelten; der Richter also das Gesetz als Richtlinie verwenden und auch nicht an Präjudizien gebunden sein.

---

1) Vgl. Spiegel, Gesetz und Recht, S.61 ff.

Die objektiven Auslegungsmethoden können auch dann eine sachgemäße Entscheidung gefährden, wenn sie es, ohne dem Richter ein Abweichungsrecht zu gewähren, auf den Eindruck abstellen, den die Gesetzesworte zur Zeit ihrer Auslegung machen, also nicht berücksichtigen, daß das Gesetz zu einer Zeit entstanden ist, in der die Worte möglicherweise einen anderen Sinn gehabt haben. Der Gesetzesinhalt würde sich dann mit dem Bedeutungswandel der Worte ändern, und es wäre reiner Zufall, ob dieser neue Gesetzesinhalt eine vernünftige Regelung ermöglicht.

Schließlich haben die objektiven Auslegungsmethoden den Nachteil, daß sie in weitem Umfang zur Vereitelung des gesetzgeberischen Willens führen. Der Gesetzgeber erläßt Gebote, weil er Interessenkonflikte lösen will. Er sieht die einander gegenüberstehenden Interessen, wägt sie gegeneinander ab und hält dann bestimmte Interessen für schutzwürdiger. Diesen Interessen will er durch das zu erlassende Gebot seinen Schutz angedeihen lassen.

Der Schutz der in diesen Geboten zum Ausdruck gelangten Interessen wird aber oft vereitelt, wenn man bei der Auslegung des Gesetzes von dem, was den Gesetzgeber zur Schaffung des Gesetzes veranlaßt hat, abstrahiert[1].

Eine solche abstrahierende Auslegung verstößt zwar nicht gegen Art.97 Abs.1 GG und § 1 GVG, wonach der Richter dem Gesetz unterworfen ist; denn es ist zunächst zu prüfen, was das Gesetz sei, an das der Richter gebunden ist. Aber diese Auslegung wird der Trennung der Gewalten nicht gerecht, weil sie die Verantwortung dafür, was Gesetzesinhalt sei, und damit die eigenen gesetzgeberischen Aufgaben in weitem Um-

1) Ehrlich, Die richterliche Rechtfindung auf Grund des Rechtssatzes, JJ 67, 1, (31).

fang von den gesetzgeberischen Organen auf die Richter überträgt. Die Judikatur übernimmt damit Aufgaben, die in den Bereich der Legislative gehören[1].

Die subjektiven Theorien werden dem Prinzip der Gewaltentrennung besser gerecht[2]. Sie erforschen und berücksichtigen die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers und geben damit dem Gesetzgeber, was des Gesetzgebers ist.

Man macht ihnen aber den Vorwurf, sie stünden der Fortentwicklung des Rechts entgegen und führten zu dessen Erstarrung[3].
Dieser Vorwurf trifft aber nur die rein subjektiven Theorien. Bei ihnen ist er berechtigt; da der Wille des Gesetzgebers ein abgeschlossenes "Faktum" ist, das sich nicht mehr wandeln kann[4], ist die Möglichkeit einer Fortentwicklung des Rechts ausgeschlossen.

Demgegenüber ist von der Interessenjurisprudenz[5] eine Auslegungsmethode entwickelt worden, die keine rein subjektive ist[6], und zwar deshalb nicht, weil sich diese Methode mit der Ermittlung der gesetzgeberischen Vorstellungen nicht begnügt, sondern darüber hinaus auch die Umstände oder Motive erforscht, die zu den Vorstellungen des Gebotsgebers geführt haben[7]. Durch diese Auslegung wird in weitem Ausmaß das erreicht, was der Gesetzgeber mit dem Gebot erstrebt hat. Des-

1) Vgl.Brox, aaO. S.104.
2) Bender, JZ 1957, 596.
3) Vgl. Kohler,aaO.S.129; Larenz, Methodenlehre, S.262; Wüstendörfer, AcP 110, 315/16.
4) Brox, aaO. S.104; Larenz,Methodenlehre, S.262.
5) Heck,Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 Bd.; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz; ders., Interessenjurisprudenz; ders., Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AcP 142.Bd.
6) Brox, aaO. S.104; Heck, AcP. S.8.
7) Vgl. Brox, aaO. S.104; Heck, AcP 112, S.8.

halb kommt diese Methode auch dem Ideal der Rechtssicherheit näher als die objektive Lehre. Da sie auch die Umstände und Motive erforscht, die zu den Vorstellungen des Gesetzgebers geführt haben, ermöglicht sie bei deren Berücksichtigung eine Fortentwicklung des Rechts[1] und führt zu sachgerechten Entscheidungen. Der von der Interessenjurisprudenz entwickelten Auslegungsmethode ist daher der Vorrang vor den objektiven Methoden zu geben.

II. Die Methoden für eine Gesetzesergänzung.

Nicht immer führt eine Auslegung im engeren Sinn zum Ziel. Häufig hat der Gesetzgeber eine Regelung absichtlich nicht getroffen, oder es entstanden später Umstände, die er nicht berücksichtigen konnte. Es kann aber auch sein, daß der Gesetzgeber eine Frage nicht gesehen und sie deshalb unabsichtlich nicht geregelt hat. In diesen Fällen liegt eine Gesetzeslücke vor, die ausgefüllt werden muß.

Auch für die Ausfüllung einer Gesetzeslücke gibt es mehrere Methoden:

1. Die Begriffsjurisprudenz[2].

Es war die wissenschaftliche Erkenntnis des 19. Jahrhunderts, daß sich das Recht nur als Ganzes, als System begreifen las-

---

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 53.

2) Vgl.die Darstellung und Ablehnung der Begriffsjurisprudenz bei Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung,II. Buch,1.Abt. § 8 (S.67 ff); Coing,System,Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft,JZ 1951, 481; Ehrlich, Die juristische Logik, AcP 115, 125 ff; Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S.91 ff; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, S.9 ff; Rümelin, Erlebte Wandlungen, S.14 ff.

se[1]. Auf diese Erkenntnis stützte Friedrich Karl von Savigny eine Methodenlehre[2], in der er davon ausging, daß nicht mehr das Gesetz, sondern das gemeinsame Rechtsbewußtsein des Volkes die Quelle des Rechts sei[3], aus dem sich durch einen künstlichen Prozeß die Rechtsinstitute und aus diesen die abstrakten Rechtsregeln entwickeln ließen[4], während der Richter, der das Gesetz anzuwenden habe, durch einen umgekehrten Vorgang von der abstrakten Rechtsregel auf die Entscheidung eines konkreten Falles schließen könne[5].
Von Savigny hat dabei jedoch verkannt, daß eine wissenschaftliche Methode nicht geeignet ist, von einer einmal gebildeten abstrakten Rechtsregel wieder auf das Rechtsbewußtsein des Volkes zu schließen, aus dem die Rechtsnorm entstanden ist[6].

Dennoch benützte die Begriffsjurisprudenz die Auffassung Savignys als Ausgangspunkt für ihre Lehre[7]:

So folgte Puchta[8] zwar der Rechtsentstehungslehre Savignys, entschied sich aber im übrigen für die formale Begriffsjurisprudenz, indem er lehrte, die einzelnen Rechtssätze stünden in einem organischen Zusammenhang; sie bedingten einander und stammten voneinander ab. Man könne sie deshalb bis zu ihrem Prinzip hinauf verfolgen und ebenso von den Prinzipien bis zu ihren äußersten Sprossen herabsteigen. Deshalb

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.16 ff.
2) Savigny,Juristische Methodenlehre, S.20,23 u.28; vgl.auch Larenz, Methodenlehre, S.8 ff.
3) Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,S.8 u.11;ders., System des heutigen Römischen Rechts,I.Bd.S.13 ff.
4) Savigny,System des heutigen Römischen Rechts,I.Bd.S.16 u. 44.
5) Savigny, wie Anm.4, S.44.
6) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.12.
7) Wie Anm. 6, S.13.
8) Puchta, Geschichte des Rechts bei dem Römischen Volk, S. 21/22.

sei es Aufgabe der Wissenschaft, den systematischen Zusammenhang der Rechtssätze zu erkennen, um durch eine wissenschaftliche Deduktion aus den vorhandenen Rechtssätzen neue zu entwickeln.
Die Vertreter der Begriffsjurisprudenz entwickelten demzufolge aus den gesetzlichen Begriffen und Regelungen allgemeine Begriffe und leiteten aus diesen die Entscheidung des Falles ab, der im Gesetz nicht geregelt war.
Diese Methode der Begriffsjurisprudenz wäre nur dann sinnvoll[1], wenn sich auch der Gesetzgeber bei der Schaffung einer Rechtsnorm von der Erwägung leiten ließe, daß sich die Regelung aus einem Oberbegriff ergebe. Der Gesetzgeber trifft seine Entscheidung aber nicht, weil sie logisch aus einem höheren Rechtsbegriff folgt, sondern weil sie ein Ergebnis einer Interessenwertung darstellt[2].

Deshalb ist die Methode der Begriffsjurisprudenz wissenschaftlich überholt und widerlegt[3].

2. Die Interessenjurisprudenz

Nach dieser Methode[4] hat der Richter eine Gesetzeslücke im Wege einer wertenden Gebotsbildung dadurch auszufüllen, daß er die verschiedenen Interessen feststellt und sie gegeneinander abwägt, wie es auch der Gesetzgeber bei der Aufstellung eines Gebotes tut. Er hat dabei die Normen der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen, nicht nur einzelne, etwa von den

---

1) Vgl. Reinicke, Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 64, 421.

2) Heck, Begriffsbildung, S.100.

3) Vgl. die auf S.42 Fußn.2 zitierte Literatur.

4) Vgl. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 106/107.

Parteien angeführte, und ist an die gesetzlichen Werturteile gebunden. Nur wenn erkennbare Werturteile nicht bestehen, greift eine Eigenwertung des Richters ein[1].

Die von Philipp Heck entwickelte Methode der Interessenjurisprudenz gilt im wesentlichen noch heute; nur in folgendem ist sie veraltet:

Heck verstand unter den Interessen, die für die Entstehung der Rechtsnorm kausal geworden sind, nicht nur materielle Begehrensvorstellungen der Beteiligten, sondern auch Gemeinschaftsinteressen wie etwa die Erfordernisse der Rechtssicherheit und die Billigkeit oder nationale, religiöse und ethische Belange. Er war der Ansicht, daß die Gesetze Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und um Anerkennung ringenden Interessen seien[2].

Nach der modernen Lehre der wertenden Jurisprudenz gilt die Lehre Hecks in diesem Punkt als überholt. Die heutigen Interessenjuristen beschränken den Interessenbegriff auf die Begehrensvorstellungen der Beteiligten[3] und scheiden damit die Belange der Rechtssicherheit, der Gerechtigkeit und ähnliche öffentliche Belange aus dem Interessenbegriff aus, weil sie glauben, daß es nicht möglich sei, sich beide Arten von Interessen als in verschiedene Richtungen ziehende, ihrer Natur nach aber gleiche Kräfte vorzustellen[4].

---

1) Vgl. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 109.

2) Heck, AcP. 112, S.17; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S.39.

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.52; Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S.17.

4) Vgl. Rogalski, Diss. S. 37.

Im übrigen betonen auch die Vertreter dieser wertenden Jurisprudenz die grundsätzliche Bindung des Richters an die im Gesetz gegebenen Werturteile.

Allerdings wurde in letzter Zeit besonders von Larenz[1] und Esser[2] der Wert dieser Bindung in Zweifel gezogen und im Interesse der Rechtsfortbildung eine freiere Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz gefordert:
Nach der Ansicht von Larenz[3] soll daher der Richter an das Gesetz, das er als einen Teil des Rechts versteht, nicht in jedem Fall, sondern nur dann gebunden sein, wenn "es(das Gesetz) sich als Teil in das Sinnganze der Rechtsordnung einfügen läßt und nicht etwa der Rechtsidee widerspricht." Noch weiter geht Esser. Er behauptet[4], es sei eine "Fiktion",wenn der Richter sich genötigt sehe, die Wertungen dem geschriebenen Recht zu entnehmen. In Wirklichkeit ergäben sich die Grundgedanken eines Gesetzes aus der unverkennbaren Sachlogik und aus der in kontinuierlicher Kasuistik gereifter Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln.

Diese Kritik von Larenz und Esser an der Methode der Interessenjurisprudenz ist nicht gerechtfertigt. Sie wollen mit ihrer Ansicht eine zeitgemäße Fortbildung des Rechts ermöglichen, indem sie die Interessen der Beteiligten nicht, wie es die Interessenjuristen tuen, an historischen Wertmaßstäben abwägen, sondern für die Bewertung aktueller Interessen auch

---

1) Larenz, Methodenlehre, S.273 ff.

2) Esser,Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S.119 ff; ders., Interessenjurisprudenz heute, Juristenjahrbuch 1960, 111 (116).

3) Larenz, Methodenlehre, S.277 Fußn.3.

4) Esser, Juristen-Jahrbuch 1960, 111 (116/117).

aktuelle Wertmaßstäbe anwenden wollen[1].

Der Aufgabe einer zeitgemäßen Rechtsfortbildung wird auch die Methode der Interessenjurisprudenz gerecht. Lediglich der Weg ist ein anderer: Sie stellt die Werturteile des Gesetzgebers fest, prüft sie auf ihre Verbindlichkeit und gibt dem Richter das Recht zur Eigenbewertung nur für den Fall, daß gesetzliche Werturteile fehlen.

Die freie Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz - wie Larenz und Esser es wollen - paßt nicht in unser Rechtssystem[2], das auf einer Abhängigkeit des Richters vom Gesetz aufbaut und demzufolge die Interessenwertung dem Gesetzgeber überläßt.

Aus einer zu großen Freiheit des Richters können sich auch erhebliche Nachteile[3] ergeben: Das Prinzip der Gewaltentrennung wird nicht gewahrt; es besteht ferner die Gefahr einer vagen Billigkeitsrechtsprechung; Rechtssicherheit und Sachgerechtigkeit sind nicht gewährleistet, da die allgemeinen Rechtsgrundsätze und das allgemeine Rechtsbewußtsein, an die sich der Richter nach Larenz und Esser halten soll, nur eine sehr ungenügende Richtschnur darstellen.

Die freie Methode von Larenz und Esser ist deshalb abzulehnen.

---

1) Esser, Juristenjahrbuch 1960, 111 (116).

2) Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II. Bd. 1. Abt. S. 187; Fischer, Die Bindung des Richters an das Gesetz, S. 19; Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 40.

3) Vgl. Rogalski, Diss. S. 40.

Die Methode der wertenden Interessenjurisprudenz führt demgegenüber in jeder Hinsicht zu zufriedenstellenden Lösungen: sie wahrt das Prinzip der Gewaltentrennung und ermöglicht weitgehende Rechtssicherheit und eine sachgerechte Entscheidung des Einzelfalles. An dieser Methode ist daher festzuhalten.

§ 8 Der Lösungsversuch durch eine Auslegung im engeren Sinn.

Nach der von der Interessenjurisprudenz entwickelten Auslegungsmethode hat der Richter zunächst den historischen Willen des Gesetzgebers zu erforschen. Er muß dessen Gebotsvorstellungen ermitteln. Das kann er nur, wenn er alle Quellen, die für ihn erreichbar sind, zur Auslegung heranzieht. Der Richter muß also zB. die Motive, Entwürfe, Protokolle verwerten und kann unter Umständen auch einen Ministerialbeamten oder Abgeordneten über die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vernehmen[1].

Hat der Richter auf diese Weise die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers ermittelt, so darf er sich damit nicht begnügen. Er muß vielmehr darüber hinaus auch die Umstände oder Motive erforschen, die zu den Vorstellungen des Gesetzgebers geführt haben[2]. Dabei beschreitet er den umgekehrten Weg, wie ihn zuvor der Gesetzgeber beschritten hat[3]. Dieser prüft zunächst, wenn er ein Gesetz erlassen will, die objektive Interessenlage. Dann wägt er die beteiligten Interessen ab, hält bestimmte Belange für schutzwürdiger und trifft danach seine Sachentscheidung, die er in Gesetzesform bekanntmacht.

---

1) Vgl.Brox,aaO. S.104; G.und D.Reinicke, Zur Frage,ob das Gericht berechtigt ist,über den Willen des Gesetzgebers Beweis zu erheben, MDR 1952, 141 ff.
2) Vgl.Brox,aaO.S.104;Heck,AcP 112,S.8;G.und D.Reinicke,Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs,NJW 1951,682.
3) Brox, aaO. S.104.

Der Richter dagegen erforscht zunächst die Gebotsvorstellungen, dann die vom Gesetzgeber angestellten Interessenabwägungen und zuletzt die objektive Interessenlage.

Wollen wir den Widerspruch zwischen § 426 Abs.2 S.1, §§ 412, 406 BGB und § 421 BGB durch eine Auslegung im engeren Sinn lösen, so müssen wir in derselben Reihenfolge vorgehen, wie es der Richter tun muß, d.h. wir müssen zunächst die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers erforschen.

I. Die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers

1. Der Gesetzeswortlaut

Den ersten Anhaltspunkt für die Ermittlung der Gebotsvorstellungen bietet der Wortlaut.

Dieser ist in unserem Falle mehrdeutig: Nach dem Wortlaut des § 426 Abs.2 Satz 1 und der §§ 412, 406 BGB ist eine Aufrechnung des S_2 zulässig, während der Wortlaut des § 421 BGB der Aufrechnung entgegensteht.

Aus dem Gesetzeswortlaut können daher die Gebotsvorstellungen nicht festgestellt werden.

2. Die Entstehungs- und Rechtsgeschichte des gesetzlichen Forderungsübergangs in § 426 Abs.2 S.1 BGB.

Zur Feststellung der Gebotsvorstellungen muß vor allem die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmungen herangezogen werden.

Aus ihr könnte sich ergeben, ob der Gesetzgeber bei der Anordnung des gesetzlichen Forderungsübergangs in § 426 Abs.2 S.1 BGB auch bezweckte, mit dieser Vorschrift die Voraussetzungen für eine Aufrechnung gegenüber S_1 zu schaffen.

Aus den Gesetzesmaterialien zu § 426 BGB läßt sich nichts für oder gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung bei der Gesamtschuld entnehmen; dort ist, soweit ersichtlich, diese Frage nicht aufgeworfen.

Aufschlußreich könnte aber die rechtsgeschichtliche Entwicklung des gesetzlichen Forderungsübergangs sein.

Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 S.1 BGB hat sich aus dem beneficium cedendarum actionum entwickelt[1].

Dieses Institut gab dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner das Recht, vor der Zahlung an den Gläubiger die Abtretung der diesem gegen die Gesamtschuldner zustehenden Forderungen zu verlangen[2]. Diese cessio necessaria ist in § 426 Abs.2 S.1 BGB durch eine cessio legis ersetzt worden[3].

Der Unterschied besteht in folgendem: Bei der cessio legis geht die Forderung, ohne daß es auf den Willen der Parteien ankommt, kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über; bei der cessio necessaria ist der Gläubiger nur gesetzlich verpflichtet, die Forderung zu übertragen.

Den Übergang des materiellen Anspruchs des Gläubigers auf den Gesamtschuldner hat erst Justinian ermöglicht, indem er die Wirkung der litis contestatio[4] beseitigte[5] und ebenso wie

---

1) Vgl.Motive II.S.94;Czyhlarz,Institutionen des Römischen Rechts,S.201; Kaser,Römisches Privatrecht,§ 56 II,4;Rehbein,Das Bürgerliche Gesetzbuch,II.Bd.S.460;Reichel, Schuldmitübernahme,S.565;Schulz,Klagen-Cession,Zeitschrift für Savigny-Stiftung 27.Bd.S.97;Siber,Römisches Privatrecht,§ 103 II,5; Sohm, Institutionen, S.407.
2) Czyhlarz,aa0.S.286; Sohm, aa0. S.468.
3) Vgl.dazu Czyhlarz, aa0. S.286, Fußn.3.
4) Die litis contestatio, d.h. der von den Parteien unter Gutheißung des Magistrats abgeschlossene Prozeßvertrag, hob nach römischer Ansicht den materiellen Anspruch auf und ersetzte ihn durch die sog.Prozeßobligation. Durch die litis contestatio wurde nicht nur die Forderung des klagenden Gläubigers bzw. die Forderung gegen den verklagten Schuldner,sondern es wurden sämtliche Obligationen durch die Prozeßobligation ersetzt. Deshalb befreite die Klage

die nachklassischen Vulgarrechte einen wirklichen Forderungsübergang anerkannte[1].

Hatte der Gläubiger seine Forderung auf einen anderen übertragen und konnte der Schuldner gegen diese Forderung aufrechnen, so blieb ihm auch nach spätrömischem Recht[2] die Aufrechnungsbefugnis gegenüber dem neuen Gläubiger erhalten[3]. Es galt also eine Regelung, wie das Bürgerliche Gesetzbuch sie in § 406 BGB getroffen hat.

Die Aufrechnung gegen die an einen neuen Gläubiger abgetretene Forderung war somit auch im römischen Recht zulässig.

---

gegen einen von mehreren Schuldnern alle übrigen Schuldner, so daß der Gläubiger keine Forderung mehr hatte, die er hätte abtreten können.
Vgl. Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht, § 124, 3 u. § 131, 2 b.

5) Vgl. Jörs-Kunkel, aaO. § 131, 2; Weiss, Institutionen des römischen Privatrechts, § 91, 3. Fußn. 114.

1) Vgl. Kaser, aaO. § 55 II 4 a und b; Sohm, aaO. S. 466 ff.

Im Gegensatz zu diesem Kaiserrecht gab es nach römischem Zivilrecht keine Forderungsübertragung von einem Gläubiger auf den anderen, weil nach römischer Auffassung die Obligation an ihren Träger gebunden war. Darüber, wie die Römer sich halfen, in der Praxis die Ergebnisse der Abtretung zu erreichen, vgl. Jörs-Kunkel, aaO. § 127; Kaser, aaO. § 55 II; Sohm aaO. S. 463 ff.

2) Vgl. über die Entwicklung dieses Grundsatzes im römischen Recht Weigel, Das bei der Aufrechnung geltende Prinzip, S. 64 ff.

3) Vgl. Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, S. 404 ff; Leonhard, Die Aufrechnung, S. 179 ff; Krug, Die Lehre von der Kompensation, S. 171; Ohnsorge, Zur Lehre von der Aufrechnung, Jherings Jahrbücher 20. Bd. S. 285 (306); Siber, Compensation und Aufrechnung, S. 66; Vangerow, Leitfaden für Pandekten Bd. 3 S. 116 Anm. 1; Weigel, aaO., S. 65.

Da die cessio legis in § 426 Abs.2 S.1 BGB nur an die Stelle der nach dem beneficium cedendarum actionum vorgesehenen Forderungsabtretung getreten ist[1], könnte man meinen, der Gesetzgeber habe durch diesen Wechsel in der Art des Forderungsübergangs die Aufrechnungsfrage nicht berühren wollen. Deshalb müsse die Aufrechnung nicht nur gegen die an einen neuen Gläubiger kraft Gesetzes übergegangene Forderung zulässig sein. Diese Folgerung ist aber nicht gerechtfertigt, wenn sie auf begriffsjuristischen[2] Erwägungen beruht.

Das ist dann der Fall, wenn aus dem Rechtsbegriff der Forderungsabtretung Rechtsfolgen für die Zulässigkeit der Aufrechnung gezogen werden, obwohl die Forderungsabtretung zur Darstellung einer anderen Rechtsfolge dienen sollte und für die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht ursächlich war.

Die begriffsjuristische Methode hat diesen Fehler gemacht. Sie hat auch dann aus Rechtsbegriffen Folgerungen für im Gesetz nicht geregelte Fälle gezogen, wenn die vorhandenen Rechtsbegriffe für die Lösung der zu entscheidenden Fälle nicht ursächlich waren, sondern zur Darstellung anderer Rechtsfolgen dienten. Ein Beispiel dafür gibt folgendes Urteil des Reichsgerichts:
Das Reichsgericht[3] hat entschieden, ein zahlender Wechselschuldner, der im Rückgriff in Anspruch genommen werde, trete nicht in die Rechte des befriedigten Wechselgläubigers ein und erwerbe infolgedessen nicht die für die Wechselschuld in der Person des Nachmannes entstandene Bürgschaft oder ein bestehendes Pfandrecht, sondern er mache sein eigenes Recht so geltend, wie er es früher erworben habe. Nach der Auffassung

---

1) Vgl. Sohm, aaO., S. 469.
2) Vgl. dazu die auf S.42 Fußn.2 zitierte Literatur.
3) RG HRR 1935 Nr. 246; Vgl. ROHG 24, 20.

des Reichsgerichts behält der Indossant, der den Wechsel weiter indossiert und seinem Nachmann übergibt, sein Gläubigerrecht; er könne es, meint das Reichsgericht, lediglich nicht ausüben, solange der Indossatar oder ein Nachmann des Indossatars berechtigt sei[1].

Wenn der Indossant aber sein altes Gläubigerrecht geltend mache, so folgerte das Reichsgericht, dann könne er auch eine später zugunsten eines Nachmannes entstandene bürgerlichrechtliche Bürgschaft beim Rücklauf des Wechsels nicht erwerben. Diese Folgerung ist nicht begründet; denn die Annahme, daß der Indossant sein altes Gläubigerrecht geltend mache,ist eine Konstruktion des Reichsgerichts, mit der es darstellen wollte, welche Einreden dem Indossanten, der den Wechsel im Rücklauf eingelöst habe, entgegengesetzt werden könnten. Dieses Problem hat aber mit der Frage, ob der Indossant die in der Person des Nachmannes entstandene Bürgschaft erwerbe, nichts zu tun.

Aus einer Konstruktion, die im Hinblick auf bestimmte Fälle entwickelt wurde, können keine Rechtsfolgen für andere Fälle abgeleitet werden, die bei der Wahl der Darstellungsweise nicht berücksichtigt worden sind[2]. Deshalb durfte das Reichsgericht aus der Konstruktion[3], die zur Beschränkung der Ein-

---

1) RGZ 77, 185 (189); 117, 69 (75)

2) Vgl.Reinicke, Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (470)

3) Nach der Ansicht von Jacobi,Wechsel- und Scheckrecht, S. 592 ff (597);Reinicke,Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit,WM 1961,470; Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, S.263 ist die Konstruktion des Reichsgerichts die Folge einer verfehlten begriffsjuristischen Methode. Anderer Ansicht dagegen Hueck, Recht der Wertpapiere, S.53.

reden gegen den Indossanten entwickelt wurde, keine Rechtsfolgen für die Frage ableiten, ob der Indossant, der den Wechsel im Rücklauf einlöst, die in der Person des Nachmannes entstandene Bürgschaft erwirbt. Die Lösung dieser Frage kann sich daher nur aus der besonderen Interessenlage ergeben. Diese erfordert, daß der Indossant, der den Wechsel einlöst,auch die Bürgschaftsforderung erwirbt, die in der Person des Nachmannes entstanden ist[1].

Wir können daher in unserem Fall aus dem Begriff der Forderungsabtretung Rechtsfolgen dafür, ob die Aufrechnung gegen eine kraft Gesetzes übergegangene Forderung zulässig ist,nur dann ableiten, wenn durch diesen Begriff die Aufrechnung für zulässig erklärt werden sollte.

Deshalb müssen wir prüfen, warum das beneficium cedendarum actionum einen rechtsgeschäftlichen Forderungsübergang anordnete.

Nach römischem Recht konnte ein Gesamtschuldner mit der Forderung eines anderen Gesamtschuldners gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen[2],wenn er ausgleichsberechtigt war. Von dieser Befugnis wird der in Anspruch genommene Gesamtschuldner (S_1) in der Regel Gebrauch gemacht haben, so daß der andere Gesamtschuldner (S_2) seine Forderung gegen den Gläubiger verlor. Die Frage, ob dieser (S_2) gegen die von dem Gläubiger an den zahlenden Gesamtschuldner (S_1) abgetretene Forderung aufrechnen konnte, stellte sich damit nicht.

---

1) Vgl. Reinicke,Wechselbürgschaft und Bürgschaft für eine Wechselverbindlichkeit, WM 1961, 466 (471).

2) Vgl. Dernburg, Pandekten, § 63 I 4 b; Savigny, Obligationenrecht I, S.169; Siber, aaO., S.99/100; Weigel, aaO., § 4 und 5; Weiß, aaO., § 91, 4; Windscheid, Pandekten, § 350, 6.

Man könnte also sagen, der rechtsgeschäftliche Forderungsübergang nach dem beneficium cedendarum actionum sei unabhängig davon angeordnet worden, ob eine Aufrechnung gegen die Forderung zulässig sei, die der zahlende Gesamtschuldner vom Gläubiger erworben hatte.

Indes wird es auch im römischen Recht Fälle gegeben haben, in denen der in Anspruch genommene Gesamtschuldner von der Aufrechnungsbefugnis des anderen Gesamtschuldners keine Kenntnis hatte. In diesem Fall blieb der nicht in Anspruch genommene Gesamtschuldner (S_2) Inhaber der Forderung gegen den Gläubiger, und es fragte sich, ob er mit dieser Forderung gegen die an den zahlenden Gesamtschuldner (S_1) abgetretene Forderung aufrechnen durfte. Deshalb können wir nicht sagen, die Römer hätten an die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen die abgetretene Forderung nicht gedacht, weil sich im Normalfall diese Frage nicht gestellt habe. Es ergibt sich aber daraus, daß die Forderungsabtretung nach dem beneficium cedendarum actionum nicht in erster Linie angeordnet wurde, um die Voraussetzungen für eine Aufrechnung unter den Gesamtschuldnern zu schaffen.

Zweck[1] des beneficium cedendarum actionum war es, dem Bürgen und dem Gesamtschuldner eine Verstärkung seiner Regreßansprüche zu gewähren. Um diesen Zweck zu erreichen, mußte der Gläubiger seine Forderung vor der Zahlung an den Gesamtschuldner abtreten. Eine Forderungsabtretung nach der Zahlung sowie einen gesetzlichen Forderungsübergang, den es auch schon nach römischem Recht gab [2], kam

1) Vgl. Czyhlarz, aaO. S.220; Jörs-Kunkel, aaO. § 132, 6; Sohm, aaO., S.407.

2) Vgl. Puchta, Vorlesungen über römisches Recht II, S.120/121; Salkowski, Römisches Privatrecht, §§ 130 I b 2,131 II F.C. 3, 164 II.

für die Römer nicht in Frage,weil nach ihrer Ansicht die Forderung des Gläubigers mit der Zahlung des Gesamtschuldners erlosch[1].

Eine Forderungsabtretung nach oder ein gesetzlicher Forderungsübergang mit der Zahlung des Gesamtschuldners war daher nach römischem Recht ausgeschlossen. Um dennoch dem Gesamtschuldner die Forderung des Gläubigers zu verschaffen,mußte der Schuldner vor seiner Zahlung deren Abtretung verlangen. Wenn er die Abtretung forderte, dann galt seine Leistung an den Gläubiger nicht als Zahlung der Schuld, sondern als Kauf der Forderung[2]. Auf diese Weise ging mit der Zahlung durch den Gesamtschuldner der Anspruch des Gläubigers nicht unter, sondern blieb weiter bestehen und konnte auf ihn übertragen werden.

Die Forderungsabtretung nach dem beneficium cedendarum actionum diente daher der Darstellung, wie eine Forderung, die sonst mit der Zahlung erloschen wäre, auf den Gesamtschuldner übertragen werden konnte, obwohl dieser die Forderung erfüllte. Bei dieser Darstellung dachte man nicht an Aufrechnungsfragen, sondern bezweckte einen Forderungsübergang,der die Stellung des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners (S_1) verstärken sollte. Deshalb können wir daraus keine Rechtsfolgen für die Frage herleiten, ob die Aufrechnung gegen die abgetretene Forderung zulässig ist.

Somit ergibt sich die Gebotsvorstellung des Gesetzgebers auch nicht aus der Entstehungsgeschichte des § 426 Abs.2 S.1 BGB.

---

1) Vgl. Puchta, aaO. S.121; Sohm, aaO. S.407.

2) Czyhlarz, aaO. S.220 Fußn.1; Puchta, aaO. S.121; Sohm, aaO. S.407; Weiß, aaO. § 91, 3.

3. Die sachgerechte Lösung.

Vielfach kann die sachgerechte Lösung ein wichtiges Hilfsmittel sein, um den Inhalt der gesetzgeberischen Gebotsvorstellungen festzustellen[1]. Läßt der Gesetzeswortlaut zwei Möglichkeiten zu, von denen die eine eine zweckmäßige, die andere eine unzweckmäßige Regelung darstellt, so wird man in der Regel einen Anhaltspunkt (ein Indiz) dafür haben, daß die Gebotsvorstellung des Gesetzgebers sich auf die vernünftige Lösung erstreckt hat[2].

In unserem Fall gibt es zwei Möglichkeiten: entweder ist die Aufrechnung zulässig (§ 426 Abs.2 S.1, §§ 412, 406 BGB)oder unzulässig (§ 421 BGB).

Dafür, ob eine von beiden Möglichkeiten schlechthin verfehlt ist, könnte es von Bedeutung sein, welchen Einfluß die Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche des S_1 gegen S_2 hat. Es werden daher hier beide Möglichkeiten untersucht:

a) Durch die Aufrechnung erlöschen auch die Ausgleichsansprüche des S_1 gegen S_2 (1.Möglichkeit)[3].

   Ist man dieser Ansicht, so ist weder die Auffassung, die die Aufrechnung des S_2 gegen die von G auf S_1 kraft Gesetzes übergegangene Forderung bejaht noch die Lehre, die sie verneint, schlechthin verfehlt:
   Läßt man die Aufrechnung des S_2 gegen die von G auf S_1 kraft Gesetzes übergegangene Forderung zu, dann wird

---

1) Fuchs,Die soziologische Rechtslehre,DJZ 1910,286; Heck, AcP 112,S.101; G.und D.Reinicke, Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, 1033 (1037).
2) G.und D.Reinicke,Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, NJW 1955, 1380.
3) Vgl. oben S.19 ff.

das Interesse des S_2 auf Kosten des S_1 und des G geschützt; denn S_1 ist nach der Aufrechnung durch S_2 auf einen Bereicherungsanspruch gegen G angewiesen, während die von G getroffene Schuldnerwahl nachträglich rückgängig gemacht wird[1].

Verneint man die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen die von G auf S_1 kraft Gesetzes übergegangene Forderung, dann wird das Interesse des G und des S_1 auf Kosten des S_2 geschützt; diesem wird die Möglichkeit genommen, von seinem früheren Aufrechnungsrecht Gebrauch zu machen.

Jede Möglichkeit berücksichtigt damit, wenn auch jeweils unterschiedlich, die Interessen der Beteiligten. Eine Abwägung und Bewertung dieser sich gegenüber stehenden Interessen könnte ergeben, daß keine der beiden Möglichkeiten schlechthin erfüllt wäre.

Wenn die Aufrechnung also auch die Ausgleichsansprüche des S_1 tilgt, läßt sich auch auf diese Weise die Gebotsvorstellung des Gesetzgebers nicht ermitteln.

b) Durch die Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung werden die Ausgleichsansprüche aus dem Innenverhältnis nicht berührt (2.Möglichkeit)[2].

Für diesen Fall ist es unzweckmäßig, die Aufrechnung des S_2 gegen die von G auf S_1 übergegangene Forderung zuzulassen; denn diese Regelung ist, unabhängig davon, ob die Interessen des S_1 und des G gewahrt bleiben, für den

1) Vgl.oben S. 22 ff.
2) Vgl.oben S. 26 ff.

S_2 ohne Sinn: obwohl er aufrechnet, bleibt er den Ausgleichsansprüchen des S_1 ausgesetzt; seine Forderung gegen den Gläubiger verliert er und erhält dafür lediglich einen - ihm von S_1 abgetretenen - Bereicherungsanspruch[1] gegen G.

Hat eine Aufrechnung diese Wirkung, so schädigt sich der Aufrechnende selbst, wenn er die Aufrechnung erklärt; er vertauscht nur seinen früheren guten Anspruch gegen den Gläubiger in einen zweifelhaften Bereicherungsanspruch gegen diesen. Im übrigen bleibt die Aufrechnung für S_2 wirkungslos. Sie führt, da er die Ausgleichsansprüche des S_1 ohnehin erfüllen muß, nicht dazu, wie es sonst die Wirkung der Aufrechnung ist, daß er sowohl seine Verbindlichkeiten als auch seine Forderungen verliert. Diese Regelung ist daher nicht sinnvoll. Deshalb gibt sie einen Anhaltspunkt dafür, daß sich die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers auf sie nicht erstreckt haben.

Indes können wir nach dieser Feststellung nicht sagen, der Gesetzgeber habe die Aufrechnung mit dieser Wirkung nicht zugelassen, weil sie eine unzweckmäßige Regelung darstellt; denn die Unzweckmäßigkeit einer gesetzlichen Bestimmung ist nur ein Indiz dafür, daß der Gesetzgeber diese Anordnung nicht treffen wollte. Deshalb ist es nicht zwingend, anzunehmen, der Gesetzgeber habe diese Regelung überhaupt nicht gewollt. Es kann durchaus sein, daß der Gesetzgeber auch etwas anordnet, was für die Beteiligten unzweckmäßig oder unbillig ist[2]. Genauso könnte es auch hier sein. Dennoch spricht hier mehr für die

---

1) Vgl. oben S.27.

2) G. und D.Reinicke, Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, 1033 (1037).

Annahme, der Gesetzgeber habe die Folgen, die eine Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung für die Beteiligten haben kann, nicht gesehen, als er das beneficium cedendarum actionum durch einen gesetzlichen Forderungsübergang ablöste. Dafür bietet auch die Rechtsgeschichte Anhaltspunkte:

Das beneficium cedendarum actionum bezweckte, die Stellung des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners zu verbessern. Der Gesetzgeber brauchte sich bei diesem Rechtsinstitut keine Gedanken darüber zu machen, ob ein aufrechnungsbefugter Schuldner gegenüber dem in Anspruch genommenen Schuldner aufrechnen konnte; denn nach der damaligen Ansicht entstand diese Frage nicht, weil der in Anspruchgenommene auch mit der Forderung des anderen Gesamtschuldners gegenüber dem Gläubiger aufrechnen durfte.

Es ist daher durchaus möglich, daß der Gesetzgeber die Folgen einer Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung nicht erkannte, als er später das beneficium cedendarum actionum durch einen gesetzlichen Forderungsübergang ablöste, den Gesamtschuldnern in § 422 Abs.2 BGB aber verbot, mit der Forderung eines anderen Gesamtschuldners gegenüber dem Gläubiger aufzurechnen.

Wir können also auch für den Fall, daß die Aufrechnung nur die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung tilgt, die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers nicht sicher ermitteln.

II. Ergebnis der Auslegung im engeren Sinn

Lassen sich - wie hier - die Gebotsvorstellungen nicht feststellen, so kann das darauf beruhen, daß wir sie nicht er-

kennen oder darauf, daß der Gesetzgeber sich zu dieser Frage keine Vorstellungen gemacht hat. In beiden Fällen[1] liegt eine Gesetzeslücke vor, die ausgefüllt werden muß.

Eine Lösung des Widerspruchs zwischen § 426 Abs.2 S.1,§§ 412, 406 BGB und § 421 BGB ist daher - unabhängig davon, welchen Einfluß die Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche hat - nicht durch eine Auslegung im engeren Sinn, sondern nur durch eine Ergänzung des Gesetzes möglich.

§ 9 Die Lösung durch eine Gesetzesergänzung

Die Gesetzeslücke ist nach den Grundsätzen der Interessenjurisprudenz[2] auszufüllen. Danach hat der Richter im Wege einer wertenden Gebotsbildung[3] das anzuwendende Gesetzesgebot selbst zu finden, indem er die verschiedenen Interessen feststellt und gegeneinander abwägt, wie es auch der Gesetzgeber tun würde.

I. Die Interessen der Beteiligten.

S_2 konnte, bevor die Forderung von G auf S_1 kraft Gesetzes überging, gegenüber G aufrechnen. Nach dem Forderungsübergang von G auf S_1 hat S_2 für den Fall, daß die Aufrechnung auch die Ausgleichsansprüche des S_1 tilgt, auch ein Interesse, mit der ihm gegen G verbliebenen Forderung aufzurechnen; denn durch die Aufrechnung gegenüber S_1 verlöre er sowohl seine Verbindlichkeiten als auch seine Forderungen. Er trüge insbesondere nicht mehr das Risiko einer Forderungseinziehung gegen G.

---

1) Vgl. dazu G.und D.Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, NJW 1955, 1380.

2) Vgl. oben S. 44 ff.

3) Vgl. Heck, AcP 112, S.100.

Demgegenüber haben S_1 und G unabhängig davon, welchen Einfluß die Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche hat, stets ein Interesse daran, daß S_2 nicht gegen die von G auf S_1 übergegangene Forderung aufrechnen kann.

S_1 verlöre, wenn die Aufrechnung auch die Ausgleichsansprüche tilgte, alle Ansprüche gegen S_2, die für die Forderung des Gläubigers bestellten akzessorischen Nebenrechte gingen unter, und er wäre auf einen Bereicherungsanspruch gegen G angewiesen.
Tilgte dagegen die Aufrechnung nur die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung,so behielte S_1 zwar seine Ausgleichsansprüche aus dem Innenverhältnis gegen S_2;es gingen ihm aber die akzessorischen Nebenrechte verloren,weil diese mit der kraft Gesetzes übergegangenen Forderung erlöschen würden.
Der Gläubiger hat ein Interesse daran,daß S_2 nicht aufrechnen kann, weil er, unabhängig von den Wirkungen der Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche, das von S_1 Empfangene nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben müßte und dadurch seine Vorzugsstellung als Gläubiger von Gesamtschuldnern verlöre.

Die gegensätzlichen Interessen der Beteiligten kollidieren also; die Wahrung des einen Interesses ist nur auf Kosten des anderen möglich. Die Interessen müssen daher bewertet und gegeneinander abgewogen werden, um festzustellen, ob einem Interesse ein Vorzug vor dem anderen zu geben ist.

II. Die Bewertung der Interessen durch den Gesetzgeber

1. Der Sinn und Zweck des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 426 Abs.2 S.1 BGB.

Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 S.1 BGB hat sich aus dem beneficium cedendarum actionum entwickelt. Ausschlaggebend für die Einführung des "beneficium cedendarum

actionum" waren Erwägungen der Sachgerechtigkeit. Das galt vor allem für die Fälle, in denen der zahlende Gesamtschuldner seine Auslagen mit der actio mandati oder der actio negotiorum nicht oder nicht voll ersetzt bekam. Das beneficium cedendarum actionum gab dem zahlenden Gesamtschuldner das Recht, vor seiner Zahlung vom Gläubiger die Abtretung seiner Forderung zu verlangen. Wenn er von diesem Recht Gebrauch machte, erwarb er die Forderung unabhängig davon, ob er gegen die übrigen Gesamtschuldner Ausgleichsansprüche hatte. Auch wenn diese nicht bestanden, wurde er Inhaber der Gläubigerfordcrung und erhielt damit einen selbständigen Regreßanspruch. Das war damals erforderlich, weil der zahlende Gesamtschuldner ohne die abgetretene Forderung in den Fällen, in denen er auf Grund eines formungültigen Vertrages geleistet hatte, keinen Ersatz verlangen konnte. Deshalb war der Anspruch aus der abgetretenen Forderung in diesen Fällen der einzige Regreßanspruch des zahlenden Gesamtschuldners; aus diesem Grunde hat sich das beneficium cedendarum actionum entwickelt.

Indes unterscheidet sich gerade darin der gesetzliche Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 S.1 BGB von dem beneficium cedendarum actionum.Zwar erfolgt auch nach § 426 Abs.2 S.1 BGB ein Forderungsübergang, der dem zahlenden S_1 einen Regreßanspruch gegen S_2 gibt;aber dieser von G auf S_1 übergehende Anspruch ist nicht der einzige Anspruch des S_1. Vielmehr geht die Forderung des G nach § 426 Abs.2 S.1 BGB nur auf S_1über, soweit S_1 bereits einen Ausgleichsanspruch hat. Der Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 S.1 BGB ist damit von der Existenz anderer Ausgleichsansprüche abhängig.Nur dann, wenn S_1 einen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs.1 BGB oder aus einem Innenverhältnis hat,geht die Forderung des Gläubigers auf den in Anspruch genommenen Gesamtschuldner über. Die Auf-

gabe, dem zahlenden Gesamtschuldner einen von den Ausgleichsansprüchen unabhängigen Regreßanspruch zu verschaffen, erfüllt der Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 S.1 BGB damit nicht. Es fragt sich daher, worin die eigentliche Bedeutung des Forderungsüberganges nach § 426 Abs.2 S.1 BGB liegt.

In der Literatur[1] wird die Hauptbedeutung des gesetzlichen Forderungsüberganges nach § 426 Abs.2 S.1 BGB in dem Übergang der für die Forderungen des Gläubigers bestellten Sicherungsrechte, wie Bürgschaften, Hypotheken oder Pfandrechte, gesehen. Möglicherweise liegt in dem Übergang der Sicherungsrechte aber nicht nur die Hauptbedeutung des gesetzlichen Forderungsüberganges nach § 426 Abs.2 S.1 BGB, sondern dessen einzige Bedeutung.

Man könnte daher der Ansicht sein, der Gesetzgeber habe den gesetzlichen Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 S.1 BGB nur deshalb angeordnet, damit die akzessorischen Sicherungsrechte vom Gläubiger auf den zahlenden Gesamtschuldner übergingen. Dann wäre der gesetzliche Forderungsübergang eine Konstrution des Gesetzgebers, mit der dieser allein den Übergang akzessorischer Rechte anordnen wollte.

Larenz[2] sieht die Regelung des § 426 Abs.2 S.1 BGB als ein gesetzestechnisches Mittel an, mit dem die Stellung des aus dem Innenverhältnis ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners verstärkt werden soll. Nach seiner Ansicht sei der gesetzliche Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 S.1 BGB nicht er-

---

1) Vgl.BGB-RGRK,§ 426 Anm.16;Enneccerus-Lehmann,aaO.§ 95 II 4;Erman-Westermann, § 426,2;Esser, aaO. § 98,3;Oertmann, aaO.§ 426, 4 b;Planck,Komm.z.BGB,§ 426,3; Staudinger-Werner, §.426 I 1 c.

2) Larenz, Schuldrecht, Bd.I. § 33 II.

forderlich gewesen; da der Gesetzgeber nur die Stellung des aus dem Innenverhältnis ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners verstärken wollte, hätte das Gesetz - so meint Larenz - einfach bestimmen sollen, die für die ursprüngliche Schuld haftenden Gegenstände sollten nunmehr für die Ausgleichsschulden haften.

Wenn es richtig ist, den gesetzlichen Forderungsübergang in § 426 Abs.2 S.1 BGB für ein gesetzestechnisches Mittel und damit für eine Konstruktion zu halten, durch die die akzessorischen Nebenrechte auf den Gesamtschuldner übergehen sollten, dann dürften wir, um nicht in den Fehler der Begriffsjurisprudenz zu verfallen, aus der Konstruktion, die den Übergang der Sicherungsrechte erklären soll, keine Rechtsfolgen für die Zulässigkeit der Aufrechnung ableiten.

Der Umstand, daß in dem Übergang der akzessorischen Rechte die einzige Bedeutung des § 426 Abs.2 S.1 BGB läge, spreche dafür, den gesetzlichen Forderungsübergang bei der Gesamtschuld ausschließlich als eine gesetzliche Konstruktion anzusehen, mit deren Hilfe die Stellung des ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners verstärkt werden soll. Mit Sicherheit läßt sich das aber nicht daraus ableiten, weil der Gesetzgeber den Erfolg, die Stellung des ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners durch den Übergang der akzessorischen Nebenrechte zu verstärken, auch hätte erreichen können,wenn er keinen gesetzlichen Forderungsübergang angeordnet hätte.

Das zeigt die Regelung des § 1164 Abs.1 BGB. Danach geht die Hypothek auf den zahlenden persönlichen Schuldner insoweit über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. Die Hypothek als akzessorisches Recht geht also trotz der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner nicht unter,sondern sichert jetzt die Ersatzforderung des Schuldners gegen

den Eigentümer.

Die Hypothek besteht somit weiter, obwohl die ursprünglich von ihr gesicherte Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner erloschen ist. An die Stelle der erloschenen Forderung tritt die Ersatzforderung des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer. Es erfolgte also eine Forderungsauswechselung.

Diese Regelung war dem Gesetzgeber auch bekannt, als er den gesetzlichen Forderungsübergang in § 426 Abs.2 S.1 BGB anordnete. Wie die Regelung des § 1164 BGB zeigt, war ein gesetzlicher Forderungsübergang nicht erforderlich, um die akzessorischen Rechte von dem alten Gläubiger aus S_1 übergehen zu lassen.

Der Gesetzgeber hätte auch hier mit einer Forderungsauswechselung den Übergang der akzessorischen Rechte erreichen können. Auch dann hätten die für die Forderungen des alten Gläubigers gegen die Gesamtschuldner bestellten Pfandrechte, Hypotheken oder Bürgschaften nach dem Erlöschen dieser Forderungen die Ausgleichsforderung des S_1 gegen S_2 gesichert.

Wenn es nur die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, die akzessorischen Rechte auf S_1 übergehen zu lassen, dann hätte er die in § 1164 BGB gewählte Regelung auch auf die Gesamtschuld übertragen können.

Da er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machte, sondern einen gesetzlichen Forderungsübergang anordnete, könnte man meinen, er habe mit dieser Regelung mehr als den Übergang der akzessorischen Sicherungsrechte erreichen wollen.

Indes spricht folgende Überlegung dafür, daß der gesetzliche Forderungsübergang in § 426 Abs.2 S.1 BGB nur ein gesetzes-

technisches Mittel ist, das durch den Übergang der akzessorischen Nebenrechte die Stellung des in Anspruch genommenen ausgleichsberechtigten Gesamtschuldners verstärken soll: Durch die Regelung des § 426 Abs.2 S.1 BGB soll die Stellung des S_1 verbessert werden. Untersuchen wir daraufhin, was S_1 von dieser Verbesserung seiner Regreßansprüche hat, wenn wir die Aufrechnung durch S_2 zulassen. Bei Zulassung der Aufrechnung durch S_2 gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung verliert S_1 dann, wenn die Aufrechnung auch die Ausgleichsansprüche tilgt, alle Ansprüche gegen S_2 und auch die akzessorischen Sicherungsrechte, die gerade seine Stellung gegenüber S_2 verbessern sollten.

Die akzessorischen Nebenrechte gehen dem S_1 auch dann verloren, wenn die Aufrechnung nur die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung tilgt.

Die gleichen nachteiligen Folgen treffen den S_1 auch dann, wenn man in dem gesetzlichen Forderungsübergang nicht nur ein gesetzestechnisches Mittel sieht, das den Übergang der akzessorischen Sicherungsrechte herbeiführen soll, sondern der Ansicht ist, daß der Forderungsübergang darüber hinaus die Stellung des S_1 verstärken soll. Gerade hier wäre nicht einzusehen, warum eine Aufrechnung die vom Gesetz beabsichtigte Besserstellung des S_1 vereiteln könnte.

Die Absicht des Gesetzgebers, die Position des S_1 durch den Übergang der akzessorischen Rechte zu verstärken, wird also in jedem Fall vereitelt und in sein Gegenteil verkehrt,wenn man die Aufrechnung des S_2 zuläßt.

Dieses Ergebnis zeigt, daß der Sinn und Zweck des § 426 Abs. 2 S.1 BGB, der die Stellung des S_1 verbessern will, gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung des S_2 spricht, weil bei Durchführung der Aufrechnung der Zweck des § 426 Abs.2 S.1

BGB vereitelt wird.

2. Der Gläubigerschutz nach § 426 Abs.2 S.2 BGB.

Die Zulassung der Aufrechnung könnte auch gegen den in § 426 Abs.2 S.2 BGB zum Ausdruck kommenden Gläubigerschutz verstossen.

Nach § 426 Abs.2 S.2 BGB kann der Übergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. Hierbei ist zunächst an den Fall gedacht, daß der Gesamtschuldner an den Gläubiger nur einen Teil der Forderung zahlt und folglich nur ein Teil der Forderung auf ihn übergeht. Besteht zum Beispiel für die Forderung ein Pfandrecht, so geht der dem Gläubiger verbleibende Teil der Forderung in Bezug auf die Nebenrechte des zahlenden Gesamtschuldners vor[1]. Erst dann, wenn der Gläubiger volle Befriedigung erlangt hat, darf der Gesamtschuldner sich aus dem Pfandrecht befriedigen; die Erfüllung der dem Gläubiger zustehenden Restforderung soll nicht durch die Verwertung des Pfandes durch den Gesamtschuldner in Frage gestellt werden.

Der Gläubigerschutz des § 426 Abs.2 S.2 BGB hat weiter Bedeutung für den Fall, daß der Gesamtschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des anderen Gesamtschuldners eine Teilzahlung an den Gläubiger geleistet hat. Der Gesamtschuldner kann dann den auf ihn übergegangenen Teil der

---

1) Vgl. Jäger, Konkursordnung § 3 Anm.26; Reichel, aaO. S.572; Schulz, Rückgriff und Weitergriff, S.91 ff.

Vgl. zur gleichen Frage die zu § 774 Abs.1 S.2 BGB erschienene Literatur: RG JW 1917,811; BGB RGRK, § 774 Anm.7; Planck, Komm., § 774, 3 a; Staudinger-Brändl, § 774 Anm.9; Stillschweig, JW 1917,811; Zeitlmann, JW 1917, 844.

Hauptforderung nicht geltend machen. Vielmehr erhält der Gläubiger die Konkursdividende auf die ganz (angemeldete) Forderung bis zu seiner vollen Befriedigung[1].

Es fragt sich, ob der Gläubigerschutz im Rahmen des § 426 Abs.2 S.2 BGB auf diese Fälle beschränkt sein soll oder ob dieser Regelung ein allgemeiner Grundsatz für den Gläubigerschutz zu entnehmen ist.

Sinn und Zweck des Gläubigerschutzes nach § 426 Abs.2 S.2 BGB ist es zu verhindern, daß der Gläubiger durch den ohne seinen Willen entstehenden Übergang seiner Forderung schlechter steht, als wenn die Forderung erloschen wäre. Deshalb kann der Schutzgedanke des § 426 Abs.2 S.2 BGB auch dann sinngemäß anzuwenden sein, wenn die Forderung in voller Höhe gezahlt ist, durch die Geltendmachung des Übergangs der Forderung aber in anderer Richtung Nachteile für den Gläubiger zu erwarten sind[2].

Ein solcher Nachteil bestünde für den Gläubiger darin, daß er nach der Aufrechnung durch S_2 gegenüber S_1 das von S_1 Empfangene nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben müßte, obwohl er sich den S_1 als Schuldner ausgewählt hätte.

Deshalb spricht auch der in § 426 Abs.2 S.2 BGB zum Ausdruck kommende Gläubigerschutz gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung des S_2 gegen die kraft Gesetzes von G auf S_1 übergegangene Forderung.

---

1) Vgl.BGHZ 27,51 (54);RGZ 52,169 (171);74,231 (233);RG DR 1940,989;Mentzel-Kuhn,Konkursordnung,§ 3 Anm.37.

2) Vgl. Planck, Komm. z. BGB, § 774, 3 a.

3. Die bevorzugte Stellung des Gläubigers nach § 421 BGB.

Nach § 421 S.1 BGB hat der Gläubiger von Gesamtschuldnern insofern eine bevorzugte Stellung, als er die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner fordern kann. Diese bevorzugte Stellung des Gläubigers könnte bei Zulassung der Aufrechnung durch S_2 beeinträchtigt sein und damit gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung sprechen, weil der Gläubiger dann das von S_1 Empfangene nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung an diesen herausgeben müßte. Durch die Herausgabepflicht wird die vom Gläubiger getroffene Schuldnerwahl rückgängig gemacht und ihm das Recht genommen, gemäß § 421 BGB die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner zu fordern.

Eine Beeinträchtigung der Gläubigerstellung liegt aber nur vor, wenn der Gläubiger auch dann berechtigt ist, die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner zu fordern, falls ein Gesamtschuldner gegen seine Forderung aufrechnen kann.

Wäre andererseits die Forderung des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner nichts mehr wert, wenn ein Gesamtschuldner gegen seine Forderung aufrechnen könnte, dann dürfte er zwar die Leistung von jedem der Gesamtschuldner , also auch von nicht aufrechnungsbefugten verlangen. Nähme er aber einen nicht aufrechnungsbefugten Gesamtschuldner in Anspruch, dann müßte er damit rechnen, daß er das von diesem Empfangene nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben müßte, wenn der aufrechnungsbefugte Gesamtschuldner die Aufrechnung erklärt.

Es ist deshalb zu prüfen, ob der Gläubiger auch dann die bevorzugte Stellung nach § 421 BGB hat, wenn ein Gesamtschuldner gegen seine Forderung aufrechnen kann.

Durch die Aufrechnung erlöschen die sich gegenüberstehenden Forderungen, insoweit sie sich decken. Sie gelten bereits in dem Zeitpunkt als erloschen, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüberstanden, § 389 BGB. Die Wirkung der Aufrechnung wird dadurch auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage zurückbezogen, obwohl nach der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 388) die Aufrechnungslage allein die sich gegenüberstehenden Forderungen nicht berührt. Wirksam wird die Aufrechnung erst durch die Aufrechnungserklärung. Dennoch wird das schuldtilgende Element in der Regel nicht in der Aufrechnungserklärung, sondern in dem wirtschaftlichen Ausgleich der Verpflichtungen gesehen[1], der bereits in dem Zeitpunkt entsteht, in dem sich die Forderungen aufrechenbar gegenübertreten, d.h. bereits mit der Aufrechnungslage. Folglich braucht sich der Schuldner und der Gläubiger, die diese Forderungen gegeneinander aufrechnen können, das aber noch nicht getan haben, von dem Zeitpunkt, in dem sich die Forderungen aufrechenbar gegenübertreten, nicht mehr als Gläubiger zu fühlen[2]. Die Forderung eines Gläubigers gegen einen Schuldner, der eine aufrechenbare Gegenforderung erwirbt, ist von diesem Zeitpunkt an nichts wert. Diese Folgerung muß auf jeden Fall gezogen werden,wenn der Gläubiger nur einen Schuldner hat. Hier muß er immer damit rechnen, daß dieser von seinem Aufrechnungsrecht Gebrauch macht und seine Forderung tilgt. Verfügt er dennoch über diese Forderung, bevor der Schuldner die Aufrechnung erklärt,so muß er die Folgen tragen, wenn der Schuldner später aufrechnet. Wer selbst weiß, daß seine Forderung materiell nichts wert ist und dennoch über sie verfügt, der muß hierfür ein-

1) BGB RGRK vor § 387 Anm.3;Erman-Westermann, § 389, 2.

2) Vgl.Motive zum Entwurf eines BGB,II.Bd.S.109;BGHZ 2,305 (305); BGHZ 27,123 (125);Enneccerus-Lehmann,aaO.,§ 71 I; Heck,Grundriß des Schuldrechts, § 60 Ziff.6 S.182.

stehen.

In dem Fall also, in dem der Gläubiger nur einen Schuldner hat, ist nichts gegen eine Aufrechnung einzuwenden. Hier ist es das Recht des Schuldners, von der Aufrechnungsbefugnis Gebrauch zu machen, auch wenn der alte Gläubiger später das durch eine Verfügung über die Forderung Empfangene herausgeben muß.

Wie ist es damit aber bei der Gesamtschuld, bei der der Gläubiger mehrere Schuldner hat und nach § 421 BGB die ganze Leistung nach seinem Belieben von jedem Schuldner verlangen kann? Gilt auch hier die Folgerung, die Forderung des Gläubigers, gegen die ein Gesamtschuldner aufrechnen kann, sei nichts mehr wert?

Diese Frage ist zu verneinen. Bei der Gesamtschuld soll die Stellung des Gläubigers dadurch verbessert werden, daß er die Leistung von allen Schuldnern verlangen kann. Er soll sich den leistungsfähigsten Schuldner aussuchen können.Wenn man dagegen sagt, er dürfe sich für den Fall, in dem der andere Gesamtschuldner gegen ihn eine Gegenforderung habe,nicht mehr an die übrigen Gesamtschuldner halten, dann höhlt man den durch § 421 BGB geschaffenen Gläubigerschutz aus. Das wird vor allem deutlich, wenn die Gegenforderung des Gesamtschuldners zweifelhaft ist und erst noch in einem Prozeß geklärt werden müßte.

Nähme man an, die Forderung des Gläubigers sei nichts wert, wenn gegen sie aufgerechnet werden könne, so führte das in dem Fall, in dem die Gegenforderung des Gesamtschuldners zweifelhaft wäre, dazu, daß der Gläubiger mit seiner Befriedigung warten müßte, bis über diese Forderung in einem Prozeß entschieden ist, ohne daß er vorher die nicht aufrechnungsbefugten Gesamtschuldner in Anspruch nehmen dürfte. Das

führte zu einer großen Unsicherheit. Der Gläubiger könnte die Leistung dann nur von dem verlangen, der gegen ihn aufrechnen kann, obwohl er sie nach § 421 BGB von jedem Schuldner nach seinem Belieben fordern darf.

Weil aber der Gläubiger sich nach § 421 BGB seinen Schuldner nach seinem Belieben aussuchen darf, ist seine Forderung auch dann nicht wertlos, wenn ein Gesamtschuldner gegen sie aufrechnen kann. In diesem Fall ist er nach § 421 BGB auch berechtigt, einen der übrigen Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen. Nimmt er ihn aber in Anspruch, dann muß seine Schuldnerwahl endgültig sein und darf nicht durch eine Aufrechnung des S_2 rückgängig gemacht werden. Deshalb spricht die bevorzugte Gläubigerstellung nach § 421 BGB gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung des S_2.

Aus den Bestimmungen des § 426 Abs.2 S.1, des § 426 Abs.2 S.2 und des § 421 BGB ergibt sich somit, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, die Stellung des Gläubigers[1] (§ 426 Abs.2 S.2, § 421 BGB) und die des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners[2] (§ 426 Abs.2 S.1 BGB) zu verstärken, und zwar auf Kosten des ausgleichspflichtigen Gesamtschuldners. Entsprechend diesen gesetzlichen Werturteilen ist die Gebotslücke zwischen dem § 421 BGB und § 426 Abs.2 S.1, §§ 412, 406 BGB auszufüllen.

Da bei Zulassung der Aufrechnung durch S_2 der vom Gesetzgeber erstrebte Erfolg, den Gläubiger und den in Anspruch genommenen Gesamtschuldner besser zu stellen, unabhängig von der Wirkung auf die Ausgleichsansprüche, vereitelt wird, darf eine Aufrechnung des S_2 mit der ihm gegen G verbliebenen Forde-

1) Vgl. oben S.68 ff.
2) Vgl. oben S.62 ff.

rung gegen die vor G auf S_1 kraft Gesetzes übergegangene Forderung nicht zulässig sein.

Kapitel 4

Zur Aufrechnungsfrage bei einem Gesamtschuldverhältnis, das durch eine aufgedrängte Schuldmitübernahme entsteht.

In diesem Kapitel soll nach der Zulässigkeit der Aufrechnung in einem Fall gefragt werden, in dem ein Dritter gegen den Willen des Schuldners dessen Schuld mit übernimmt und den Gläubiger befriedigt, obwohl der Schuldner gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen konnte. Hier könnte man geneigt sein, dem Schuldner die Aufrechnungsbefugnis dem Dritten gegenüber zu erhalten, weil nicht einzusehen ist, warum ihm diese Befugnis durch eine Handlung eines Dritten genommen werden soll, mit der er nicht einverstanden ist.

Dann müßte die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung innerhalb verschiedener Gesamtschuldverhältnisse unterschiedlich behandelt werden. Das aber führte zu Schwierigkeiten, weil dann im Einzelfall geprüft werden müßte, ob die Aufrechnung bei der Gesamtschuld zulässig ist oder nicht. Deshalb könnte die Behandlung dieses Sonderfalles gegen die oben[1)] gefundene Lösung sprechen.

§ 10 Der Sonderfall der aufgedrängten Schuldmitübernahme.

Nehmen wir an, S_2 schuldet dem G 1.000,- DM. Ihm steht gegen G eine gleich hohe Gegenforderung zu, mit der er aufrechnen kann. Bevor S_2 dem G gegenüber die Aufrechnung erklärt, schließt S_1, ein Freund des S_2, gegen den Willen von S_2 mit

1) Vgl. S.73/74.

G einen Vertrag, in dem er der Schuld von S_2 beitritt. Nachdem G den S_1 in Anspruch genommen hat, will S_2 gegen die nach § 426 Abs.2 S.1 BGB kraft Gesetzes auf S_1 übergegangene Forderung aufrechnen.

Das könnte S_2, wenn S_1 nach § 426 Abs.2 S.1 BGB die Forderung des alten Gläubigers erworben hat und ihm die Aufrechnungsbefugnis auch dem S_1 gegenüber erhalten bleibt.

Ob S_1 die Forderung des G in voller Höhe nach § 426 Abs.2 S.1 BGB erworben hat, kann fraglich sein, weil die Forderung nach dieser Bestimmung nur insoweit übergeht, als S_1 einen Ausgleichsanspruch hat. Durch den Schuldbeitritt[1] des S_1 entstand zwischen S_1 und S_2 ein Gesamtschuldverhältnis[2], so daß S_1 gegen S_2 aus § 426 Abs.1 S.1 BGB einen Ausgleichsanspruch haben könnte. Da aber nach § 426 Abs.1 S.1 BGB die Gesamtschuldner zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, könnte man meinen, S_1 habe nach § 426 Abs.1 S.1 BGB keinen Ausgleichsanspruch gegen S_2 in Höhe von 1.000,- DM, sondern nur in Höhe von 500,- DM. Wäre das so, dann hätte S_1 auch nach § 426 Abs.2 S.1 BGB die Forderung des alten Gläubigers nur in Höhe von 500,- DM erworben und S_2 könnte allenfalls nur gegen eine Forderung in dieser Höhe aufrechnen.

Indes könnte S_1 gegen S_2 einen Ausgleichsanspruch in voller Höhe haben, wenn über die Verteilung der Ausgleichspflicht etwas anderes bestimmt wäre.
Im Falle einer aufgedrängten Schuldmitübernahme ergibt sich

---

1) Der Schuldbeitritt kann sowohl durch Vertrag zwischen dem beitretenden Dritten und dem Gläubiger als auch durch Vertrag zwischen dem beitretenden Dritten und dem Urschuldner erfolgen,vgl.BGB RGRK, vor § 414 Anm.15.

2) Vgl.RGZ 59,232 (233);64,318 (320); 70, 405 (410); 72, 401 (406); 135, 104 (107); 148, 65 (66); BGB. RGRK, von § 414 Anm.12; Enneccerus-Lehmann,aaO.§ 84 IV 2;Esser,aaO. § 94, 2;Soergel-Siebert-Schmidt,vor § 414 Anm.5;Staudinger-Wer-

eine andere Verteilung der Ausgleichspflicht aber weder aus einem Auftrag (§ 670 BGB) noch aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 BGB).

S_1 hat jedoch gegen S_2 einen Bereicherungsanspruch (§ 812 BGB). Er hat den G befriedigt. Dadurch ist S_2 von seiner Schuld befreit worden und hat die Aufwendungen erspart, die er an G hätte erbringen müssen, wenn S_1 nicht geleistet hätte. Da S_2 dem G 1.000,- DM schuldete und S_1 denselben Betrag an G zahlte, hat S_2 1.000,- DM erspart, die er jetzt nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung an S_1 herausgeben muß.

Auch ein Bereicherungsanspruch enthält eine von der Bestimmung des § 426 Abs.1 S.1 BGB abweichende Regelung über die Verteilung der Ausgleichspflicht[1)], so daß S_1 gegen S_2 einen Ausgleichsanspruch in voller Höhe (1.000,- DM) hat. Folglich ging auch nach § 426 Abs.2 S.1 BGB die Forderung des alten Gläubigers **kraft Gesetzes** in voller Höhe von G auf S_1 über. Demnach hat S_1 gegen S_2 eine Forderung, gegen die S_2 aufrechnen könnte.

§ 11 Die Lösung des Sonderfalles

S_1 hat an G gegen den Willen von S_2 gezahlt. Daraus darf S_2 keinen Nachteil haben. Er muß so gestellt werden, wie er stünde, wenn S_1 nicht an G gezahlt hätte.

Dann wäre G Inhaber der Forderung geblieben und S_2 hätte mit seiner Gegenforderung gegen ihn aufrechnen können. Nach der Aufrechnung hätte er keinen Anspruch mehr gegen den Gläubiger G, schuldete aber diesem auch nichts mehr.

ner,Einl.2 b zu § 414; a.A.Blomeyer,Schuldrecht, § 44 I 2.

1) Vgl.Enneccerus-Lehmann,aaO.§ 95 I 2,Fußn.4;Palandt-Dankelmann, § 426, 1 und 3 a.

Ließe man die Aufrechnung durch S_2 dem S_1 gegenüber nicht zu, so hätte S_2 durch die gegen seinen Willen erfolgte Zahlung des S_1 die Aufrechnungsbefugnis verloren und müßte an ihn nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben, was er durch dessen Leistung erspart hat. Andererseits würde er mit dem Risiko einer Forderungseinziehung gegen G belastet.

Deshalb könnte man meinen, in dem Fall der aufgedrängten Schuldmitübernahme müsse die Aufrechnung des S_2 auch dem S_1 gegenüber zulässig sein.

Indes ist eine solche Regel nicht erforderlich. Den schutzwürdigen Belangen des S_2 kann in anderer Weise Rechnung getragen werden:

S_2 muß nach § 812 BGB an S_1 herausgeben, was er durch die Leistung des S_1 erlangt hat. S_2 hat 1.000,- DM erspart, weil S_1 den G in dieser Höhe befriedigt und den S_2 dadurch von seiner Schuld befreit hat. Darin liegt aber nicht die Bereicherung des S_2; denn er hat nicht nur Aufwendungen in Höhe von 1.000,- DM erspart, sondern durch die Leistung des S_1 an G auch etwas verloren, das von den ersparten Aufwendungen abgezogen werden muß. Verloren hat er die ihm vor der Zahlung des S_1 dem G gegenüber zustehende Aufrechnungsbefugnis. Die Bereicherung des S_2 ist daher die Differenz zwischen den ersparten Aufwendungen von 1.000,- DM und dem Verlust der Aufrechnungsbefugnis. Da man für den Verlust der Aufrechnungsbefugnis keinen Geldbetrag festsetzen kann, um ihn von den ersparten Aufwendungen abzuziehen, läßt sich die Differenz zwischen den ersparten Aufwendungen und dem Verlust der Aufrechnungsbefugnis rechnerisch nicht feststellen.

Daraus, daß S_2 jetzt gegenüber S_1 aufrechnen will, ergibt sich, daß er auch gegenüber G aufgerechnet hätte, wenn S_1

ihm mit der Zahlung nicht zuvorgekommen wäre. Deshalb läßt sich die Bereicherung des S_2 feststellen, indem man sein Vermögen nach der Zahlung durch S_1 mit dem vergleicht, das er gehabt hätte, wenn er gegen die Forderung des G aufgerechnet hätte:

Durch eine Aufrechnung hätte S_2 seine Forderung gegen G verloren und wäre von seiner Schuld diesem gegenüber frei geworden. Nach der Aufrechnung hätte er keine Forderung gegen G, schuldete diesem aber auch nichts mehr.

Dagegen behielt S_2 seine Forderung gegen G nach der Zahlung durch S_1 an G. S_2 ist also nach der Zahlung durch S_1 Inhaber der Forderung gegen G geblieben, während er diese verloren hätte, wenn er gegenüber G aufgerechnet hätte.

Daraus ergibt sich, daß S_2 durch die Existenz der ihm gegen G verbliebenen Forderung, mit der er nicht mehr aufrechnen kann, bereichert ist, wenn S_1 den G befriedigt. S_2 erfüllt also den Bereicherungsanspruch des S_1, indem er ihm die Forderung gegen G abtritt. Nach der Abtretung dieser Forderung hat S_1 gegen S_2 keinen Anspruch mehr, und S_2 hat seine Forderung gegen G verloren. S_2 kann somit nichts mehr fordern, braucht aber auch nichts mehr zu leisten. Er steht so, wie er stünde, wenn S_1 nicht an G gezahlt und er (S_2) gegen die Forderung des G aufgerechnet hätte.

Es ist daher auch in diesem Sonderfall nicht erforderlich, die Aufrechnung des S_2 gegen die nach § 426 Abs.2 S.1 BGB von G auf S_1 übergegangene Forderung zuzulassen.

§ 12 Zusammenfassung des I. Teils:

Der nicht in Anspruch genommene Gesamtschuldner, der gegen den Gläubiger eine aufrechenbare Forderung hat, kann mit die-

ser Forderung nicht gegen die nach § 426 Abs.2 S.1 BGB auf den in Anspruch genommenen Gesamtschuldner übergegangene Forderung aufrechnen.

II. Teil

Die Aufrechnungsprobleme in den Fällen, in denen der Gläubiger neben einem persönlichen Schuldner Sicherungsrechte gegen andere Personen hat.

In diesem Teil der Arbeit soll untersucht werden, ob die Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung in den Fällen zulässig ist, in denen der Gläubiger neben einem persönlichen Schuldner Sicherungsrechte gegen andere Personen hat.

Die Sicherungsrechte des Gläubigers können dinglicher oder persönlicher Natur sein. Hat ein Dritter eine Bürgschaft übernommen, so hat der Gläubiger gegen diesen einen persönlichen Anspruch. Hat dagegen ein Eigentümer eines Grundstükkes für die Schuld eines Dritten eine Hypothek bestellt oder hat jemand eine bewegliche Sache für die Schuld eines Dritten verpfändet, so hat der Gläubiger dingliche Verwertungsrechte. Im ersten Fall kann er sich neben dem persönlichen Schuldner auch an den Eigentümer des Grundstücks halten,indem er von ihm die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangt, § 1147 BGB. Im zweiten Fall, in dem ein Pfand für die Schuld eines Dritten bestellt ist, kann sich der Gläubiger durch den Verkauf des Pfandes befriedigen, § 1228 BGB.

Kapitel 1

Das Aufrechnungsproblem bei der Bürgschaft

Es geht hier um die Frage, ob der Hauptschuldner mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung gegenüber dem Bürgen aufrechnen kann, wenn dieser den Gläubiger befriedigt hat.

Dieses Problem entsteht nur in den Fällen, in denen der Gläubiger den Bürgen trotz einer bestehenden Aufrechnungslage in Anspruch nehmen kann, weil nur mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Forderung des Gläubigers, gegen die der Hauptschuldner aufrechnen will, nach § 774 Abs.1 BGB auf den Bürgen übergeht.
Man könnte daher meinen, die Fälle der gewöhnlichen Bürgschaft, bei der sich der Bürge mit der Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) gegen eine Inanspruchnahme durch den Gläubiger wehren kann, schieden für unsere Untersuchung aus.Das ist aber nicht richtig; denn mit der Einrede der Vorausklage, die die Parteien auch häufig ausschließen, erreicht der Bürge nur einen Aufschub seiner Zahlungsverpflichtung, weil er vom Gläubiger dann in Anspruch genommen werden kann,wenn dieser die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Die Einrede der Vorausklage steht damit einer Inanspruchnahme des Bürgen nicht entgegen.

Anders ist es bei den Einreden, die § 770 Abs.2 BGB dem Bürgen gibt. Kann sich der Bürge nach § 770 Abs.2 BGB auf die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers berufen, dann kann er auch bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, § 773 Ziffer 1 BGB, § 349 HGB, vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen werden, weil der Gläubiger sich in einem solchen Fall durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners

befriedigen kann. Eine Inanspruchnahme des Bürgen ist damit endgültig ausgeschlossen.

Wenn der Bürge sich auf § 770 Abs.2 BGB berufen hat, dann ergibt sich also die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber dem Bürgen nicht.

§ 13 Abgrenzung und Darstellung der Fälle, in denen der Bürge sich nicht auf eine bestehende Aufrechnungsbefugnis berufen kann.

Bei dieser Untersuchung sollen die Fälle, in denen der Bürge von der bestehenden Aufrechnungsbefugnis Kenntnis hat, und die, in denen ihm diese Kenntnis fehlt, getrennt behandelt werden.

I. Der Bürge kennt die Aufrechnungsbefugnis

Für den Fall, daß der Bürge von der Aufrechnungsbefugnis eines Beteiligten (des Schuldners oder des Gläubigers) Kenntnis hat, lassen sich drei Gruppen bilden:

1. Häufig wird sowohl der Hauptschuldner als auch der Gläubiger aufrechnen können.

Demnach läßt sich für § 770 Abs.2 BGB folgender Ausgangsfall bilden:

Der Gläubiger hat eine Forderung gegen den Hauptschuldner, für die sich ein Bürge verbürgt hat. Der Hauptschuldner hat eine Gegenforderung gegen den Gläubiger, die der Forderung des Gläubigers aufrechenbar gegenüber steht.

Nimmt der Gläubiger den Bürgen gemäß § 765 BGB in Anspruch, dann kann dieser die Leistung nach § 770 Abs.2 BGB verweigern,

weil der Gläubiger sich durch eine Aufrechnung gegen die Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.

2. In anderen Fällen kann nur der Gläubiger aufrechnen, dagegen nicht der Hauptschuldner.

Ob der Bürge hier die Leistung nach § 770 Abs.2 BGB verweigern darf, ist streitig. Die h.M. lehnt ein Verweigerungsrecht des Bürgen ab[1].

Auf diese Streitfrage brauchen wir nicht einzugehen; denn wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber nicht aufrechnen konnte, dann kann er es auch gegenüber dem Bürgen nicht, auf den die Forderung des Gläubigers übergegangen ist. Die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen die nach § 774 Abs.1 BGB auf den Bürgen übergegangene Forderung stellt sich daher nicht, wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber nicht aufrechnen konnte.

3. Schließlich gibt es Fälle, in denen nur der Hauptschuldner aufrechnen kann:

Nach § 393 BGB kann der Gläubiger nicht gegen eine Forderung des Hauptschuldners aufrechnen, die auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Gläubigers beruht. Die Aufrechnung des Gläubigers ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Gegenforderung des Hauptschuldners unpfändbar ist, § 394 BGB.

---

1) Vgl.dazu BGH WM 1957,737;BGB RGRK,§ 770 Anm.5;Oertmann, § 770,1;Planck-Oegg,§ 770,2 C; Staudinger-Brändl, § 770 Anm.6 und die Literatur zu § 129 Abs.3 HGB,bei dem die gleichen Streitfragen bestehen:
BGH NJW 1965,627;Baumbach-Duden,Komm.zum HGB,§129,3;Düringer-Hachenburg-Flechtheim,Komm.zum HGB,§ 129,11;Hueck,Das Recht der OHG,§ 21 IV 1 b ß;Schlegelberger-Geßler,Komm. zum HGB,§ 129 Anm.12.Staub-Pinner, Komm. zum HGB, § 129, 10.

Da die Aufrechnung vertraglich ausgeschlossen werden kann,[1] können die Parteien auch vereinbaren, daß gegen bestimmte Forderungen nicht aufgerechnet werden darf. Das geschieht häufig in Mietvertragsformularen[2]. Wohnt zum Beispiel ein Darlehnsgläubiger bei seinem Schuldner zur Miete, dann kann zwar der Darlehnsnehmer mit seiner Mietzinsforderung gegen die Darlehnsforderung, nicht aber der Darlehnsgeber mit der Darlehnsforderung gegen die Mietzinsforderung aufrechnen.

Die Aufrechnungsbefugnis steht auch in folgendem Fall allein dem Schuldner zu:

Gläubiger G und Schuldner S sind befugt, ihre Forderungen gegeneinander aufzurechnen; dennoch rechnet weder G noch S auf. Vielmehr tritt G seine Forderung an Z ab.

Durch die Abtretung verliert S die Aufrechnungsbefugnis nicht. Er behält seine Forderung gegen G und kann mit ihr gegen die Forderung des Z aufrechnen. Zwar sind die Forderungen von S und Z keine gegenseitigen, es greift aber für S § 406 BGB ein, wonach der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger (G) zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger (Z) gegenüber aufrechnen kann.

Vor der Abtretung konnte auch der alte Gläubiger G gegen die Forderung des S aufrechnen. Dagegen kann der neue Gläubiger Z nicht mit seiner von G erworbenen Forderung aufrechnen; denn S hat eine Forderung gegen G, nicht gegen Z, so daß es

---

1) Vgl.RGZ 60,356;124,10 (12);BGB RGRK,§ 387 Anm.34;Enneccerus-Lehmann,aaO.§ 73 I; Erman-Westermann,§ 387,8;Esser, aaO.,§ 73,7;Larenz,aaO.,§ 27 III b 4;Soergel-Siebert-Schmidt,§ 387 Anm. 10.

2) Vgl. BGB RGRK, § 387 Anm.34; Enneccerus-Lehmann, aaO., § 73 I;Staudinger-Werner, § 387 II, 2.

an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt. Zugunsten des neuen Gläubigers Z greift § 406 BGB nicht ein. Diese Vorschrift sieht beim Schuldner von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit ab, nicht jedoch beim Gläubiger. § 406 BGB schützt nur das Vertrauen des Schuldners auf eine bestehende Aufrechnungsbefugnis[1]. Der neue Gläubiger dagegen ist nicht schutzwürdig. Er war vor der Abtretung nicht aufrechnungsbefugt und hat diese Befugnis auch nicht vom alten Gläubiger erworben; dieser hat sie vielmehr verloren, als er die Forderung an Z abtrat.

Fraglich ist, ob der Bürge in diesen Fällen, in denen nur der Hauptschuldner aufrechnen kann, nach § 770 Abs.2 BGB die Leistung verweigern darf.

Nach dem Wortlaut des § 770 Abs.2 BGB hat der Bürge nur dann ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Gläubiger aufrechnungsbefugt ist. Dennoch ist diese Frage streitig.

Teilweise wird angenommen, die Bestimmung des § 770 Abs.2 BGB müsse entsprechend angewendet werden[2], weil es unbillig wäre, wenn der Bürge zur Zahlung gezwungen werden könnte, obwohl sich der Gläubiger die Aufrechnung des Hauptschuldners

---

1) Vgl.Erman-Westermann,§ 406,1;Soergel-Siebert-Schmidt, § 406 Anm.1.

2) Blomeyer,JZ 1957,509;BGB RGRK,§ 770 Anm.5;Crome,System des Deutschen Bürgerlichen Rechts,II.Bd.2.Hälfte,§ 296 Fußn.46; Enneccerus-Lehmann,aaO.§ 193 II 2;Esser,aaO.§ 162,3 c;Larenz,Schuldrecht,II.Bd.§ 58 I;Lippmann,Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld,AcP 111,135 (197/8),ders.Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, JJ 43, 435 (555); Oertmann,§ 770,4 b;ders.Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen,DJZ 1933, 946/7; Siber in der Anm. JW 1932, 3761 zu RGZ 137, 34; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl, § 770 Anm.4.

gefallen lassen müßte[1].

Demgegenüber versagt die herrschende Lehre dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnen kann[2]. Nach dieser Ansicht darf der Bürge den Gläubiger nur auf die Aufrechnung verweisen, die der Gläubiger selbst durchsetzen kann. Sonst wäre der Gläubiger gezwungen, auch bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft gegen den Hauptschuldner zu klagen, weil er selbst nicht aufrechnen dürfe und der Hauptschuldner nicht aufrechne[3].

Der Bestimmung des § 770 Abs.2 BGB entspricht die in § 129 Abs.3 HGB getroffene Regelung. Danach hat ein Gesellschafter einer OHG ein Leistungsverweigerungsrecht, solange sich der Gläubiger durch eine Aufrechnung gegen eine Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.

Nach dem Wortlaut des § 129 Abs.3 HGB hat der Gesellschafter somit ein Leistungsverweigerungsrecht nur, wenn ein Gläubiger der OHG aufrechnen kann. Dennoch sind die Ansichten hier ebenso streitig wie bei § 770 Abs.2 BGB.

Teilweise wird § 129 Abs.3 HGB in dem Fall, in dem nur die OHG aufrechnungsbefugt ist, sinngemäß angewendet und geltend gemacht, es sei nicht einzusehen, warum der persönlich haftende Gesellschafter kein Leistungsverweigerungsrecht haben

---

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann, aaO., § 193 II 2.

2) Vgl.RGZ 137,34 (36)=LZ 1932,1478 = JW 1932,3761;Erman-Wagner,§ 770,2; Fischer-Henle,Komm.z.BGB,§ 770,3;Leonhard, Schuldrecht,Besonderer Teil,S.321;Mantey,Zur Anwendung des § 770 Abs.2 BGB,Gruch.Beitr.50,542 (545);Palandt-Gramm, § 770,3;Planck-Oegg,§ 770,2 b;Reichel,JW 1929,36;Schulz, Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auf Grund der Aufrechnungslage des Gläubigers,Gruch.Beitr.50,269 (270); Staudinger-Brändl, § 770 Anm.4.

3) Staudinger-Brändl, § 770 Anm.4.

solle[1], wenn die OHG aufrechnen könne.

Gegen diese Meinung spricht aber nicht nur der Wortlaut des § 129 Abs.3 HGB, sondern auch folgende Überlegung:

Der Gläubiger hat einen Anspruch auf sofortige Befriedigung. Fehlt ihm die Befugnis, sich durch Aufrechnung zu befriedigen, so würde die entsprechende Anwendung des § 129 Abs.3 HGB dahin führen, daß der Gläubiger warten müßte, bis sich die OHG zur Aufrechnung entschlösse[2]. Auf die Entscheidung der OHG hat der Gläubiger aber keinen Einfluß.

Rechnet die OHG nicht auf, so kann der Gläubiger den persönlich haftenden Gesellschafter nicht in Anspruch nehmen, obwohl dieser nach § 128 HGB für die Gesellschaftsschulden haftet. Dem Gläubiger wird also der persönlich haftende Gesellschafter als Schuldner entzogen.

Deshalb steht dem persönlich haftenden Gesellschafter nach § 129 Abs.3 HGB kein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn nur die OHG, nicht auch der Gläubiger, zur Aufrechnung befugt ist[3].

Mit derselben Begründung ist auch das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen nach § 770 Abs.2 BGB für den Fall abzulehnen, in dem nur der Hauptschuldner aufrechnen kann.

---

1) Vgl.Düringer-Hachenburg, Komm.z.HGB, § 129,11;Hueck,Das Recht der OHG,§ 21 IV 1 B ß;Schlegelberger-Geßler,Komm. z.HGB,§ 129,11.

2) Weipert in RGR Komm. z. HGB, § 129 Anm.9.

3) Vgl.Baumbach-Duden Komm.z.HGB, § 129 Anm.3; Ritter,Komm. z.HGB, § 129, 4; Weipert in RGR Komm. z. HGB, § 129 Anm.9.

Der Gläubiger könnte den Bürgen sonst nicht in Anspruch nehmen, sondern müßte warten, bis der Hauptschuldner die Aufrechnung erklärte. Darauf aber hat er keinen Einfluß. Gäbe man dem Bürgen hier die Einrede aus § 770 Abs.2 BGB, so würde dem Gläubiger der Bürge als Schuldner entzogen. Deshalb ist für den Fall, in dem nur der Hauptschuldner aufrechnen kann, mit der herrschenden Lehre ein Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen abzulehnen[1].

Der Bürge[2] und der persönlich haftende Gesellschafter[3] können jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 770 Abs.2 BGB oder § 129 Abs.3 HGB geltend machen, wenn dem Gläubiger die Aufrechnung nach § 393 BGB versagt ist. In diesen Fällen muß § 770 Abs.2 BGB und § 129 Abs.3 HGB entsprechend angewendet werden, weil die Sachgerechtigkeit es erfordert. Entschiede man anders, so stünde der Gläubiger, der aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung haftete, gegenüber dem Bürgen und dem persönlich haftenden Gesellschafter gerade aus diesem Grunde besser als der Gläubiger, der dem Hauptschuldner oder der OHG aus einem anderen Grunde haftete.

Dem Bürgen und dem persönlich haftenden Gesellschafter ist daher in diesen Fällen in analoger Anwendung des § 770 Abs.2 BGB und des § 129 Abs.3 HGB ein Leistungsverweigerungsrecht zu gewähren.

Ist dem Gläubiger die Aufrechnung aber nicht auf Grund des § 393 BGB, sondern aus anderen Gründen versagt[4], so hat der Bürge kein Leistungsverweigerungsrecht. Der Gläubiger kann ihn dann in Anspruch nehmen, obwohl der Hauptschuldner auf-

1) Vgl. die auf S.85 Fußn.2 zitierte Literatur.
2) Vgl.Palandt-Gramm, § 770,3; Siber, JW 1932, 3761.
3) Vgl.Hueck, Das Recht der OHG, § 21 IV 1 b ß.
4) Vgl. oben S.82 ff.

rechnungsbefugt ist. Zahlt der Bürge, dann geht gemäß § 774 Abs.1 BGB die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes auf ihn über. Es fragt sich, ob der Hauptschuldner in diesem Fall gegen die vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung aufrechnen kann.

Wenn der Bürge von der bestehenden Aufrechnungsbefugnis Kenntnis hat, dann stellt sich also die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung durch den Hauptschuldner gegen die nach § 774 Abs.1 BGB auf den Bürgen übergegangene Forderung in folgenden Fällen nicht:

a) Der Hauptschuldner kann nicht gegenüber dem Gläubiger aufrechnen.

b) Sowohl der Hauptschuldner als auch der Gläubiger können aufrechnen, so daß der Bürge die Leistung nach § 770 Abs.2 BGB verweigern darf.

c) Dem Gläubiger ist die Aufrechnung nach § 393 BGB versagt. Der Hauptschuldner dagegen ist aufrechnungsbefugt. Hier hat der Bürge ein Leistungsverweigerungsrecht aus der analogen Anwendung des § 770 Abs.2 BGB.

Dagegen taucht die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung durch den Hauptschuldner in all den Fällen auf, in denen der Hauptschuldner aufrechnen kann, dem Gläubiger die Aufrechnungsbefugnis aber - abgesehen von dem Fall des § 393 BGB - versagt ist.

II. Der Bürge zahlt in Unkenntnis eines bestehenden Leistungsverweigerungsrechts an den Gläubiger.

Hier ist zu unterscheiden, ob der Bürge das Leistungsverweigerungsrecht hätte kennen müssen oder ob er davon keine Kennt-

nis zu haben brauchte.

1. Der Fall, in dem der Bürge in Unkenntnis eines bestehenden Leistungsverweigerungsrechts an den Gläubiger zahlt und von dem Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts keine Kenntnis zu haben braucht, kann gegeben sein, wenn weder der Hauptschuldner noch der Gläubiger dem Bürgen mitgeteilt haben, daß der Hauptschuldner eine Forderung gegen den Gläubiger habe.

Hier geht mit der Zahlung die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner kraft Gesetzes (§ 774 Abs.1 BGB) auf den Bürgen über, so daß der Bürge eine Forderung hat, gegen die der Hauptschuldner gemäß den §§ 412, 406 BGB aufrechnen könnte.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber dem Bürgen stellt sich also auch dann, wenn der Bürge in Unkenntnis einer bestehenden Aufrechnungsbefugnis an den Gläubiger zahlt, er aber dieses Leistungsverweigerungsrecht nicht zu kennen braucht.

2. Der Fall, in dem der Bürge an den Gläubiger in Unkenntnis des bestehenden Leistungsverweigerungsrechts zahlt, obwohl er dieses hätte kennen müssen, soll zunächst zurückgestellt werden[1].

§ 14 Der problematische Fall bei der Bürgschaft

Problematisch sind die Fälle, in denen der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nimmt und der Hauptschuldner, gegen den der Bürge Ausgleichsansprüche hat, mit seiner Forderung gegen den Gläubiger gegen die kraft Gesetzes (§ 774 Abs.1 BGB) auf den Bürgen übergegangene Forderung aufrechnen will.

---

1) Vgl. dazu unten S.109.

Es handelt sich dabei um folgenden Sachverhalt:

G, der bei S zur Miete wohnt, hat gegen diesen eine Darlehnsforderung von 500,- DM, für die sich der Bürge B selbstschuldnerisch verbürgt hat. Am 1.3. erwirbt S gegen G eine gleich hohe Mietzinsforderung, gegen die G nicht aufrechnen kann, weil in dem Mietvertrag zwischen G und S die Aufrechnung gegen Mietzinsansprüche ausgeschlossen ist. G nimmt den B am 1.4. in Anspruch. B zahlt an G, weil er sich, da nur der Hauptschuldner S aufrechnungsbefugt ist, nicht auf § 770 Abs. 2 BGB berufen kann[1]. Am 1.5. erfährt S von der Zahlung des B; er rechnet am gleichen Tag mit seiner Mietzinsforderung gegen G gegen die kraft Gesetzes (§ 774 Abs.1 BGB) auf B übergegangene Forderung auf.

Es fragt sich, ob diese Aufrechnung zulässig ist.

Eine früher in der Literatur vertretene Ansicht[2] verneinte die Zulässigkeit der Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen mit folgender Begründung: Die Voraussetzungen für eine Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen seien nicht gegeben, wenn der Bürge an den Gläubiger geleistet habe; denn durch die Leistung des Bürgen sei die Hauptschuld erloschen; folglich habe der Bürge die Forderung, gegen die der Hauptschuldner aufrechnen wolle, nicht erwerben können.

Mit dieser Begründung kann die Ansicht, die Aufrechnung gegenüber dem Bürgen sei unzulässig, nicht aufrecht erhalten werden; denn nach heute einhelliger Meinung widerspricht die

1) Vgl. oben S.84 ff.

2) Vgl.Crome,System des Deutschen Bürgerlichen Rechts,II.Bd. 2.Hälfte,§ 296 Fußn.39 u.47; Goldmann-Lilienthal,Das Bürgerliche Gesetzbuch,2.Aufl.,S.816 Fußn.16;Oertmann,Komm. z.BGB,5.Aufl., § 770,3; Planck,Komm.z.BGB,4.Aufl.,§ 770,2 d; Staudinger-Engelmann, 9.Aufl., § 770, 2.

Begründung der älteren Literaturansicht der Bestimmung des § 774 Abs.1 BGB, wonach die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen übergeht, wenn dieser den Gläubiger befriedigt. Die Hauptverbindlichkeit erlischt deshalb nicht durch die Leistung des Bürgen, sondern sie wechselt nur die Person des Gläubigers. Der Bürge tilgt durch seine Leistung nicht die Hauptschuld, sondern seine Bürgschaftsschuld[1].

Gerade deshalb, weil der Bürge kraft Gesetzes die Forderung des Gläubigers erwirbt, und damit die Voraussetzung für eine Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen geschaffen wird, nimmt heute die allgemeine Meinung an, die Aufrechnung des Hauptschuldners gegen die vom Gläubiger auf den Bürgen kraft Gesetzes übergegangene Forderung sei zulässig[2].

Gegen diese Meinung bestehen jedoch Bedenken; denn läßt man die Aufrechnung des Hauptschuldners gegen die nach § 774 Abs. 1 BGB auf den Bürgen übergegangene Forderung zu, so hat das folgende Auswirkungen:

---

1) Vgl. BGB RGRK, § 774, Anm.1; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl, § 774 Anm.2; Staudinger-Brändl, 10.Aufl., § 770 Anm.8 und § 774 Anm.1.

2) Vgl.RGZ 59, 207 (209); BGB RGRK, § 774 Anm.9 und § 770 Anm.6 b; Enneccerus-Lehmann, aaO. § 194 I 1 a; Koban,Der Regreß des Bürgen, S.60; Kreß, Schuldrecht II. S.273 Fußn. 97; Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, S.27; Palandt-Gramm, § 774, 2 b; Planck,Komm.z.BGB,§ 774 4 c und § 387, 1 b; Schneider,Die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Dritten, Diss. S.17/18; Schulz,Rückgriff und Weitergriff,S.76; Staudinger-Brändl, § 774 Anm. 1;Weinberg,Erläuterung des § 774 BGB,Diss.S.32;Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, S.421;

Anderer Ansicht:

Esser,aaO.§ 162, 3 e;Staudinger-Brändl,§ 770 Anm.8 im Widerspruch zu § 774 Anm.1.

Vgl. zu dieser Ansicht unten S.103 ff.

I. Die Auswirkungen auf die Rechtstellung des Bürgen

Nimmt man an, die Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes von G auf den Bürgen übergegangene Forderung führe auch zum Erlöschen der übrigen Ausgleichsansprüche[1] des Bürgen, dann verliert der Bürge durch die Aufrechnung alle Ansprüche gegen den Hauptschuldner. Er ist dann nur auf Bereicherungsansprüche gegen den alten Gläubiger angewiesen. Das kann deshalb nachteilig für ihn sein, weil für den Bereicherungsanspruch nicht die für die Forderung des Gläubigers bestellten Sicherheiten haften und weil der Gläubiger sich nach § 818 Abs.3 BGB auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann.

Ist man dagegen der Ansicht[2], die übrigen Ausgleichsansprüche des Bürgen blieben unberührt, wenn der Hauptschuldner gegen die nach § 774 Abs.1 BGB vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung aufrechne, dann behält der Bürge zwar die Ansprüche aus dem Innenverhältnis gegen den Hauptschuldner und ist nicht auf Bereicherungsansprüche gegen den Gläubiger angewiesen. Aber da durch die Aufrechnung die kraft Gesetzes von G auf den Bürgen übergegangene Forderung erlischt, gehen auch die für diese Forderung bestellten akzessorischen Sicherheiten unter.

II. Die Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Gläubigers.

Die Gläubigerstellung ist unabhängig davon, ob die Aufrechnung neben der kraft Gesetzes von G auf den Bürgen übergegangenen Forderung auch die übrigen Ausgleichsansprüche des Bürgen tilgt. In beiden Fällen muß der Gläubiger das vom Bürgen Empfangene nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereiche-

1) Vgl. S. 19 ff.
2) Vgl. S. 26 ff.

rung (§ 812 BGB) herausgeben, weil seine Forderung gegen den Hauptschuldner durch die rückwirkende Kraft der Aufrechnung schon als erloschen galt, als der Bürge an ihn leistete.

Diese Herausgabepflicht macht die vom Gläubiger getroffene Schuldnerwahl rückgängig. Zwar gibt es bei der Bürgschaft keine dem § 421 BGB entsprechende Bestimmung, nach der der Gläubiger nach seinem Belieben die Leistung entweder vom Hauptschuldner oder vom Bürgen verlangen kann, aber es ist gerade Inhalt einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, daß der Gläubiger wählen darf, ob er die Leistung vom Bürgen oder vom Hauptschuldner fordern will.

§ 15 Die Lösung des Problems nach einem Vergleich von Bürgschaft und Gesamtschuld.

Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 774 Abs.1 BGB hat sich aus dem beneficium cedendarum actionum entwickelt[1]. Daraus lassen sich aber keine Schlüsse für die Zulässigkeit der Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen ziehen. Das beneficium cedendarum actionum wollte die Rechtsstellung des Bürgen verbessern, indem es dem Bürgen das Recht gab, vom Gläubiger die Abtretung der Forderung zu verlangen. Dadurch sollte nicht die Voraussetzung für eine Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen geschaffen werden.

Zu einer solchen Regelung bestand kein Anlaß, weil nach römischem Recht der Bürge mit der Forderung des Hauptschuldners gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen konnte[2]. Damit war die Forderung des Hauptschuldners erloschen; er hatte also keine Forderung mehr, mit der er hätte aufrechnen können.

---

1) Vgl. Jörs-Kunkel, aaO. § 132, b; Kaser, aaO. § 57 II 4b; Sohm, aaO., S.407; Weiss, aaO. § 91,3.

2) Vgl. die auf S.54 Fußn.2 zitierte Literatur.

Wenn auch die Aufrechnung gegenüber einem neuen Gläubiger zulässig ist, auf den die Forderung rechtsgeschäftlich übergegangen ist,dann darf man daraus keine Schlüsse auf die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Forderung ziehen, die kraft Gesetzes auf den Bürgen übergeht; denn beim gesetzlichen Forderungsübergang nach § 774 Abs.1 BGB wird der Bürge Forderungsinhaber, damit hierdurch seine Regreßansprüche gegen den Hauptschuldner verstärkt werden.

Es läßt sich damit nicht feststellen, ob der Gesetzgeber an die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung des Hauptschuldners gegen die auf den Bürgen übergegangene Forderung gedacht hat. Deshalb liegt eine Gesetzeslücke vor, die ausgefüllt werden muß. Für die Lückenausfüllung sind die gesetzlichen Werturteile maßgebend, die sich aus einer Interessenanalyse ergeben. Daher ist die Meinung, die die Aufrechnung für zulässig hält,nur dann richtig, wenn bei der Bürgschaft gesetzliche Werturteile vorhanden sind, die bezüglich der Aufrechnung eine andere Lösung als bei der Gesamtschuld erfordern.

Ob die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung des Hauptschuldners gegen die nach § 774 Abs.1 BGB auf den Bürgen übergegangene Forderung anders zu beantworten ist als bei der Gesamtschuld, kann erst nach einem Vergleich beider Rechtsinstitute entschieden werden. Dabei ist für uns nur die Gläubigerstellung bei Bürgschaft und Gesamtschuld sowie das Verhältnis des Hauptschuldners zum Bürgen und das Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander von Bedeutung.

I. Die Gläubigerstellung bei der Bürgschaft und bei der Gesamtschuld.

Bei der Gesamtschuld ist der Gläubiger nach § 421 BGB befugt, die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner zu

fordern; er hat daher bei der Gesamtschuld die Stellung eines "Paschas", die durch die Zulassung der Aufrechnung des nicht in Anspruch genommenen Gesamtschuldners (S_2) gegenüber dem in Anspruch genommenen Gesamtschuldner (S_1) beeinträchtigt würde[1].

Bei der Bürgschaft ist die Stellung des Gläubigers ebenso gut wie die des Gläubigers bei der Gesamtschuld. Das gilt zwar nicht für die gewöhnliche Bürgschaft, bei der der Bürge die Einrede der Vorausklage hat; aber es gilt für die selbstschuldnerische Bürgschaft. Bei dieser Bürgschaftsform entfällt die Einrede der Vorausklage (vgl.§ 773 Abs.1 Ziffer 1 BGB). Deshalb kann der Gläubiger hier den Hauptschuldner und den Bürgen nach seinem Belieben in Anspruch nehmen.

Demnach hat der Gläubiger bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft auch die Wahl, entweder von dem Hauptschuldner oder dem Bürgen Zahlung zu verlangen. Insoweit ergeben sich daher zwischen der selbstschuldnerischen Bürgschaft und der Gesamtschuld keine Unterschiede.

Aber auch der Umstand, daß der Gläubiger, dem die Einrede der Vorausklage entgegengehalten werden kann, die freie Schuldnerwahl nicht hat, könnte allein nicht ausreichen, die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung bei der Bürgschaft anders zu beantworten als bei der Gesamtschuld; denn es ist nicht die Gläubigerstellung, sondern die des Bürgen, die von der Aufrechnung des Hauptschuldners am stärksten beeinträchtigt wird, weil er, unabhängig von der Wirkung der Aufrechnung auf die Ausgleichsansprüche, stets die für die kraft Gesetzes übergegangene Forderung bestellten akzessorischen Nebenrechte verliert.

---

1) Vgl. oben S.70 ff.

Eine unterschiedliche Behandlung zwischen der Gesamtschuld und der Bürgschaft bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung ist daher nur gerechtfertigt, wenn das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen gegenüber dem Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander eine unterschiedliche Behandlung erfordert.

II. Das Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen und das Verhältnis der Gesamtschuldner zueinander.

Man könnte meinen, der Gesetzgeber habe das hier zu vergleichende Verhältnis unterschiedlich geregelt:

Bei der Gesamtschuld geht die Forderung des Gläubigers gegen die Gesamtschuldner nur insoweit auf den in Anspruch genommenen Gesamtschuldner kraft Gesetzes über, als dieser gegen den anderen Gesamtschuldner einen Ausgleichsanspruch hat, § 426 Abs.2 S.1 BGB. Der kraft Gesetzes auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehende Anspruch soll damit nur einen bereits bestehenden Ausgleichsanspruch sichern[1]. Deshalb geht bei der Gesamtschuld die Forderung des Gläubigers nicht kraft Gesetzes (§ 426 Abs.2 S.1 BGB) auf den zahlenden Gesamtschuldner über, wenn dieser im Innenverhältnis alleinverpflichtet ist, also von den übrigen Gesamtschuldnern keinen Ausgleich verlangen kann.

Der gesetzliche Forderungsübergang ist in § 774 Abs.1 BGB bei der Bürgschaft anders geregelt. Nach dieser Bestimmung erwirbt der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedigt, stets kraft Gesetzes die Forderung des Gläubigers; es ist unerheblich, ob er einen Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner hat oder nicht.

---

1) Vgl. S. 15.

Indes ist diese unterschiedliche Regelung nur eine scheinbare. Das ergibt sich aus der Regelung des § 774 Abs.1 S.3 BGB.

Gegen den Anspruch des Bürgen aus § 774 Abs.1 S.1 BGB stehen dem Hauptschuldner nach den §§ 412, 406 BGB die Einwendungen zu, die vor dem Forderungsübergang gegen den Gläubiger begründet waren (die Aufrechnungsbefugnis wollen wir ausklammern); nach § 774 Abs.1 S.3 BGB kann der Hauptschuldner der auf den Bürgen übergegangenen Forderung des befriedigten Gläubigers auch die Einwendungen entgegenhalten, die ihm aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis zustehen.

Durch diese Regelung wird der Bürge, der nach § 774 Abs.1 S. 1 BGB eine Forderung gegen den Hauptschuldner erworben hat, obwohl er von ihm keinen Ausgleich verlangen kann, an der Geltendmachung der kraft Gesetzes erworbenen Forderung gehindert; denn der Hauptschuldner kann den Einwand aus dem Verhältnis zum Bürgen, er schulde ihm nichts, gemäß § 774 Abs.1 S.3 BGB gegen den Anspruch aus § 774 Abs.1 S.1 BGB erheben.

Die Tragweite der dem Hauptschuldner in § 774 Abs.1 S.3 BGB eingeräumten Befugnis, die Geltendmachung der kraft Gesetzes auf den Bürgen übergegangenen Forderung zu verhindern, wird deutlich, wenn sich zum Beispiel der Bürge in der Absicht verbürgt hat, dem Hauptschuldner ein Geschenk zu machen,oder wenn er dem Hauptschuldner gegenüber aus einem anderen Grunde zur Befriedigung des Gläubigers ohne Anspruch auf Ersatz verpflichtet ist.

In diesen Fällen erwirbt zwar der Bürge die Forderung des Gläubigers nach § 774 Abs.1 S.1 BGB; er kann diese aber nicht mit Erfolg gegen den Hauptschuldner geltend machen[1].

1) RGZ 85,72 = JW 1914; Enneccerus-Lehmann, aaO., § 194 I 1c; Staudinger-Brändl, § 774 Anm.13.

Deshalb gibt es, von der Beweislast zunächst abgesehen,materiell beimgesetzlichen Forderungsübergang nach § 426 Abs.2 S.1 BGB und nach § 774 Abs.1 BGB keinen Unterschied. Der Gesetzgeber hat bei § 774 Abs.1 S.1 BGB lediglich eine andere Gesetzestechnik angewandt. Es ist in der Sache gleich, ob die Forderung kraft Gesetzes nur übergeht, wenn ein Ausgleichsanspruch besteht, oder ob der gesetzliche Forderungsübergang immer erfolgt, die Geltendmachung dieser kraft Gesetzes auf den Bürgen übergegangenen Forderung aber von dem Bestehen eines Ausgleichsanspruchs abhängig ist.

Die Ausgestaltung des § 774 Abs.1 S.1 BGB ist also nur ein anderer Weg, der auch zu dem Ergebnis führt, daß der Hauptschuldner an den Bürgen nur dann zu zahlen braucht, wenn - unabhängig von einem gesetzlichen Forderungsübergang - ein Ausgleichsanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner besteht.

Der Gesetzgeber konnte die in § 774 Abs.1 S.1 BGB enthaltene Regelung treffen, weil ein Bürge im Regelfall einen Ausgleichsanspruch gegen den Hauptschuldner hat. Dieser muß letzten Endes für seine Schuld einstehen. Die Bürgschaft befreit ihn nicht von seiner Verpflichtung, seine Schulden zu bezahlen; sie dient nur der Sicherung des bisherigen Gläubigers. Der Hauptschuldner muß daher an den Bürgen zahlen,wenn dieser vom Gläubiger in Anspruch genommen wird.

Für die wenigen Ausnahmefälle, in denen der Bürge keinen Ausgleichsanspruch gegen den Hauptschuldner hat, genügt es,wenn der Gesetzgeber diesem in § 774 Abs.1 S.3 BGB die Befugnis gibt, sich durch Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen ihm und dem Bürgen gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung zu verteidigen.

Anders liegen die Verhältnisse bei der Gesamtschuld. Hier

ist es nicht die Regel, daß ein Gesamtschuldner im Innenverhältnis alleinverpflichtet ist und der andere gegen ihn einen Ausgleichsanspruch hat, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird. Vielmehr kann der in Anspruch genommene Gesamtschuldner der im Innenverhältnis Alleinverpflichtete sein und demgemäß gegen die anderen Gesamtschuldner keinen Ausgleichsanspruch haben. Daran ändert auch § 426 Abs.1 S.1 BGB nichts, wonach die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet sind; denn die in dieser Bestimmung vorgesehene anteilmäßige Verpflichtung gilt nur insoweit, als nicht ein anderes bestimmt ist. Da in den meisten Fällen etwas anderes über die Verteilung der Ausgleichspflicht bestimmt ist, enthält auch § 426 Abs.1 BGB keine Regel, aus der man etwas über die Verteilung der Ausgleichspflicht unter den Gesamtschuldnern entnehmen kann; der Grundsatz des § 426 Abs.1 BGB ist damit nur ein Hilfssatz für den Fall, daß jeder andere Verteilungsmaßstab fehlt[1].

Man kann daher dem Gesamtschuldverhältnis nicht allgemein entnehmen, in welchem Maße die Gesamtschuldner im Innenverhältnis ausgleichspflichtig sind. Das ist eine Frage des Einzelfalles, die bei jedem Gesamtschuldverhältnis unterschiedlich zu beantworten sein kann. Die Gesamtschuld ist also, soweit es um die Ausgleichsansprüche der Gesamtschuldner untereinander geht, neutral[2]; es ist möglich, daß im Verhältnis unter ihnen nur der eine oder nur einige oder daß sie sämtlich zu gleichen oder zu verschiedenen Anteilen verpflichtet sind[3].

Daraus erklärt sich auch der vom Gesetzgeber in § 426 Abs.2

---

1) Vgl. RGZ 88, 125; BGB RGRK, § 426 Anm.9.
2) Vgl. Heck, Schuldrecht, § 128, 2.
3) Vgl. Planck, Komm. z. BGB, § 426, 1.

S.1 BGB gewählte Weg, die Forderung nur dann übergehen zu lassen, wenn der zahlende Gesamtschuldner gegen den anderen Gesamtschuldner einen Ausgleichsanspruch hat.

Dieser Unterschied bezüglich der bestehenden Ausgleichsansprüche des Bürgen und des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners, der den Gesetzgeber zu der unterschiedlichen Regelung in § 426 Abs.2 S.1 und in § 774 Abs.1 S.1 BGB veranlaßt hat, ist aber für die Beweislast von Bedeutung.

Macht der Bürge die nach § 774 Abs.1 BGB auf ihn übergegangene Forderung gegen den Hauptschuldner geltend, so muß er beweisen, daß er den Gläubiger befriedigt hat[1)].

Beruft sich der Hauptschuldner auf Einwendungen gegen die auf den Bürgen übergegangene Forderung aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis, so muß er diese beweisen[2)]. Den Hauptschuldner trifft also die Beweislast in dem Ausnahmefall, daß der Bürge keinen Ausgleichsanspruch gegen ihn hat.

Demgegenüber muß ein Gesamtschuldner, der einen Ausgleichsanspruch behauptet, diesen auch beweisen, denn jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu behaupten und zu beweisen[3)]. Das gilt auch für den, der sich auf einen anteilmäßigen Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs.1 BGB beruft;für diesen Anspruch hat er das Vorhandensein der Gesamtschuldnerschaft zu behaupten und zu beweisen[4)], wogegen derjenige,der

1) Vgl. RGZ 102, 51 (53); BGB RGRK, § 774 Anm.10.

2) Vgl.RGZ 102,51 (53);BGB RGRK, § 774 Anm.10;Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl, § 774 Anm.6;Staudinger-Brändl, § 774 Anm.13.

3) Rosenberg, Die Beweislast, S.98/99.

4) Oertmann, Komm. z. BGB, § 426, 1.

sich auf eine von § 426 Abs.1 BGB abweichende Bestimmung über die Verteilung der Ausgleichspflicht beruft, die tatsächlichen Grundlagen dieser Bestimmung zu beweisen hat[1].

Die unterschiedliche Regelung der Beweislast hat aber keinen Einfluß darauf, ob der Hauptschuldner an den Bürgen oder der nicht in Anspruch genommene Gesamtschuldner leisten muß, wenn kein Ausgleichsanspruch besteht.

Insoweit besteht zwischen der Bürgschaft und der Gesamtschuld kein materieller Unterschied. Der Bürge erwirbt zwar immer kraft Gesetzes (§ 774 Abs.1 BGB) die Forderung des Gläubigers; er kann sie aber gegen den Hauptschuldner nicht durchsetzen, wenn er keinen Ausgleichsanspruch hat, § 774 Abs.1 S.3 BGB.

Einen durchsetzbaren Regreßanspruch hat der Bürge gegen den Hauptschuldner somit nur dann, wenn er unabhängig vom gesetzlichen Forderungsübergang nach § 744 Abs.1 BGB vom Hauptschuldner Ausgleich verlangen kann. Die Stellung des Bürgen entspricht also insoweit der des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners. Beide, der Bürge und der in Anspruch genommene Gesamtschuldner, können keinen Regreß nehmen, wenn sie keine Ausgleichsansprüche haben. Stehen ihnen derartige Ansprüche zu, dann werden ihre Regreßansprüche durch sie begrenzt.

Der gesetzliche Forderungsübergang bei der Bürgschaft hat dieselbe Bedeutung wie der bei der Gesamtschuld[2]. Entweder ist er nur ein gesetzestechnisches Mittel[3], um den Übergang

1) BGB RGRK, § 426 Anm.9.
2) Vgl. oben S.64 ff.
3) Vgl. Larenz, Schuldrecht II, § 58 III.

der akzessorischen Nebenrechte zu erklären oder er bezweckt schlechthin eine Besserstellung des S_1, indem der Gesetzgeber die Gläubigerforderung auf den Bürgen übergehen läßt.

Die Absicht des Gesetzes ist es also, in jedem Fall die Stellung des Bürgen mit der Regelung des § 774 Abs.1 BGB zu verstärken.

Ließe man dagegen die Aufrechnung des Hauptschuldners gegen die vom Gläubiger auf den Bürgen kraft Gesetzes übergegangene Forderung zu, dann würde die Absicht des Gesetzes vereitelt:

Für den Fall, daß die Aufrechnung neben der kraft Gesetzes vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangenen Forderung auch die übrigen Ausgleichsansprüche tilgte, verlöre der Bürge, wenn der Hauptschuldner aufrechnete, alle Ansprüche gegen diesen; er wäre nur auf Bereicherungsansprüche gegen den Gläubiger angewiesen, die nicht durch die für die Forderung des Gläubigers bestellten Nebenrechte gesichert wären. Der Zweck des Gesetzes, dem Bürgen die Sicherheiten zu übertragen, würde also nicht erreicht. Dieser Zweck wird auch dann nicht erreicht, wenn die Aufrechnung die Ausgleichsansprüche des Bürgen unberührt ließe und nur die kraft Gesetzes vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung tilgte;denn mit dem Erlöschen dieser Forderung gingen auch die für sie bestellten akzessorischen Rechte unter.

Die Stellung des Bürgen wird also genauso beeinträchtigt,wie die des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners[1], wenn der Hauptschuldner gegen die kraft Gesetzes vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung aufrechnet. Um den Bürgen vor

1) Vgl. oben S.20 ff und S.27.

diesen Nachteilen entsprechend dem Gesetzeszweck (§ 774 Abs.1 BGB) zu bewahren, muß die Aufrechnung des Hauptschuldners mit der ihm gegen den Gläubiger verbliebenen Forderung gegen die kraft Gesetzes vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung ausgeschlossen sein.

§ 16 Ein anderer Lösungsvorschlag

Gegenüber der hier durch eine Interessenanalyse gefundenen Lösung, wollen Esser[1] und Staudinger-Brändl[2] die Aufrechnung des Hauptschuldners gegen die vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangene Forderung aus anderen Gründen nicht zulassen. Diese Lösung soll an dieser Stelle behandelt werden,weil sie auch in der Literatur für die Bürgschaft vorgetragen wird. Sie hat darüber hinaus auch Gültigkeit für die Gesamtschuld und die anderen hier zu behandelnden Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs.

Esser meint, eine nachträgliche Aufrechnung sei zwar formell möglich (§§ 774, 412, 406 BGB), werde aber regelmäßig einen Fall des venire contra factum proprium oder der Verwirkung darstellen und dem Grundsatz des Verhaltens nach Treu und Glauben widersprechen. Dieselbe Begründung gibt auch Staudinger-Brändl.

Ein Fall des venire contra factum proprium[3] liegt vor,wenn die Interessen anderer dadurch verletzt werden, daß sich jemand zu seinem früheren Verhalten gegen Treu und Glauben in Widerspruch setzt.

---

1) Esser, Schuldrecht, § 162, 3 e.

2) Staudinger-Brändl, § 770 Anm.8 in Widerspruch zu § 774 Anm. 1.

3) Vgl. Staudinger-Weber, § 242, D 323.

Es gilt hier folgender Grundsatz[1]:

Niemand darf im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten ein Recht ausüben , wenn dieses Verhalten den Schluß rechtfertigt, daß er ein bestimmtes Recht nicht geltend machen werde, und er in dieser Hinsicht ein bestimmtes Vertrauen beim anderen Teil wachgerufen hat.

Der Hauptschuldner durfte danach gegenüber dem Bürgen nicht aufrechnen, wenn er dadurch, daß er nicht gegenüber dem Gläubiger aufrechnete und den Bürgen zahlen ließ, zum Ausdruck gebracht hat, er werde sein Aufrechnungsrecht nicht geltend machen.

Ob das frühere Verhalten des Hauptschuldners diese Bedeutung hat und ob der Bürge und der Gläubiger daraus entnehmen durften, der Hauptschuldner werde sein Aufrechnungsrecht nicht geltend machen, wird erst aus den Umständen des einzelnen Falles beantwortet werden können, da - wie Esser es selbst einräumt - in dem Verhalten des Hauptschuldners nur regelmässig, also nicht stets ein venire contra factum proprium liegen wird.

Daher wird mit der Begründung, die Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen sei unzulässig, weil sie einen Fall des venire contra factum proprium darstelle, kein generelles Verbot der Aufrechnung erreicht, die Entscheidung kann vielmehr von Fall zu Fall unterschiedlich sein.

Die hier vorgeschlagene Lösung, daß die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung sich bereits aus dem Gesetzeszweck ergibt, gilt demgegenüber

---

1) Vgl. Staudinger-Weber, § 242, D 323.

für alle Fälle; sie ist daher der von Esser und Staudinger-Brändl vertretenen Auffassung vorzuziehen.

§ 17 Der Sonderfall der aufgedrängten Bürgschaft.

Aufgedrängt ist eine Bürgschaft, wenn sich jemand gegen den Willen des Schuldners für dessen Schuld verbürgt. Konnte der Schuldner in einem solchen Fall gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen, dann fragt es sich, ob er das auch nach der Zahlung durch den Bürgen gegen die auf diesen kraft Gesetzes übergegangene Forderung darf.

Es handelt sich also um folgenden Sachverhalt:

Der Gläubiger G hat gegen den Schuldner S eine Darlehnsforderung von 500,- DM. S hat gegen den G, der in seinem Hause wohnt, eine gleich hohe Mietzinsforderung. Für die Schuld des S hat sich der Bürge B gegen den Willen des S selbstschuldnerisch verbürgt. B ist von dem Gläubiger in Anspruch genommen worden und hat an ihn gezahlt. Jetzt will S gegenüber B aufrechnen.

Die Fragen liegen hier ebenso wie bei der aufgedrängten Schuldmitübernahme[1]. Wir haben es aber insofern leichter, als wir zunächst keinen Ausgleichsanspruch des Bürgen zu prüfen brauchen; denn nach § 774 Abs.1 S.1 BGB geht die Forderung des Gläubigers unabhängig davon, ob der Bürge im Einverständnis mit dem Hauptschuldner oder gegen dessen Willen an den Gläubiger zahlt, auf den Bürgen über[2].

Auch nach § 774 Abs.1 S.3 BGB kann sich der Hauptschuldner nicht gegen den Anspruch des Bürgen aus § 774 Abs.1 S.1 BGB

1) Vgl. S. 74 ff.
2) Vgl. Motive II, S. 376; Planck, Komm.z.BGB, § 774,2 a.

verteidigen; denn der Bürge hat gegen ihn als Ausgleichsforderung einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, § 812 BGB. Mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen hat der Hauptschuldner erspart, was er an den Gläubiger hätte zahlen müssen.

Weil aber der Hauptschuldner dem Anspruch des Bürgen aus § 774 Abs.1 S.1 BGB ausgesetzt bleibt, obwohl der Bürge sich gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgte, stellt sich die Frage, wie der Hauptschuldner geschützt werden kann.

Wenn wir annehmen, der Gläubiger sei in finanziell guten Verhältnissen, dann ist ein Schutz des Hauptschuldners nicht erforderlich: Der Hauptschuldner kann den Bereicherungsanspruch des Bürgen erfüllen und seine Forderung gegen den Gläubiger geltend machen.

Wie ist es aber, wenn der Gläubiger in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und es zweifelhaft ist, ob er die Forderung des Hauptschuldners erfüllen kann?

Hier ist der Hauptschuldner schutzwürdig. Es fragt sich daher, wie man es erreicht, daß er nicht das Risiko zu tragen braucht, seine Forderung gegen den finanziell schwachen Gläubiger geltend zu machen.

Man könnte das erreichen, indem man die Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen zuläßt.

Damit wären die Interessen des Hauptschuldners gewahrt; der Bürge müßte einen Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger geltend machen. Das Risiko der Forderungseinziehung trüge also der Bürge. Man könnte meinen, wenn der Bürge sich gegen den Willen des Schuldners verbürgt habe, müsse er dieses Risiko auch tragen. Die Zulassung der Aufrechnung führt also

insoweit zu einem sachgemäßen Ergebnis. Sie hat aber nicht nur für den Bürgen, sondern auch für den Gläubiger nachteilige Folgen. Der Gläubiger kann bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft die Leistung nach seinem Belieben vom Bürgen oder vom Hauptschuldner verlangen. Rechnet aber der Hauptschuldner gegen die auf den Bürgen übergegangene Forderung aus § 774 Abs.1 S.1 BGB auf, nachdem der Gläubiger den Bürgen in Anspruch genommen hat, dann muß er das vom Bürgen Empfangene nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung an diesen herausgeben. Die von ihm getroffene Wahl des Schuldners wird also nachträglich beseitigt; die Vorzugsstellung des Gläubigers, der einen selbstschuldnerischen Bürgen hat, wird durch die Aufrechnung des Hauptschuldners ausgehöhlt.

Läßt man die Aufrechnung des Hauptschuldners zu, so wird dieser also zu Lasten des Gläubigers geschützt. Das spricht gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen.

Zum anderen ist die Zulassung der Aufrechnung nicht erforderlich, denn der Hauptschuldner kann in anderer Weise vor dem Risiko einer Forderungseinziehung geschützt werden:

Der Hauptschuldner bleibt dem Anspruch des Bürgen aus § 774 Abs.1 BGB ausgesetzt. Er braucht nach § 774 Abs.1 S.3 BGB aber nur insoweit zu leisten, als er im Innenverhältnis dazu verpflichtet ist. Diese Verpflichtung ergibt sich aus § 812 BGB. Danach muß er an den Bürgen herausgeben, was er durch dessen Leistung erlangt hat. Um die Bereicherung des Hauptschuldners festzustellen[1)], müssen wir sein Vermögen nach der Leistung durch den Bürgen mit dem Vermögen vergleichen, daß der Hauptschuldner gehabt hätte, wenn er gegenüber dem

1) Vgl. oben S.77.

Gläubiger aufgerechnet hätte:

Wenn der Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger aufgerechnet hätte, dann wäre dadurch seine Forderung und seine Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger erloschen.

Nach der Leistung durch den Bürgen hat der Hauptschuldner dagegen seine Forderung gegen den Gläubiger behalten, während seine Verbindlichkeit getilgt wurde.

Um die ihm gegen den Gläubiger verbliebene Forderung ist der Hauptschuldner daher bereichert. Er muß sie an den Bürgen abtreten.

Damit hat der Hauptschuldner den Bereicherungsanspruch des Bürgen erfüllt und seine Forderung gegen den Gläubiger, mit der er nicht mehr aufrechnen konnte, verloren. Er kann somit nichts fordern, braucht auch nichts mehr zu leisten. Er steht dann so, wie er stünde, wenn der Bürge nicht an den Gläubiger gezahlt und er (der Hauptschuldner) gegen die Forderung des Gläubigers aufgerechnet hätte. Der mit der Leistung durch den Bürgen eingetretene Aufrechnungsverlust hat damit für den Hauptschuldner keine nachteiligen Folgen.

Tritt der Hauptschuldner seine Forderung an den Bürgen ab,so wird auch das Risiko einer Forderungseinziehung vom Hauptschuldner auf den Bürgen übertragen; denn er muß jetzt die ehemalige Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger geltend machen.

Diese sachgerechte Risikoverteilung erfolgt aber nicht, wie es bei der Aufrechnung des Hauptschuldners sein würde, zu Lasten des Gläubigers. Seine Stellung wird durch die Forderungsabtretung nicht berührt. Er braucht das vom Bürgen Empfangene nicht zurückzugeben, sondern muß die vom Hauptschuld-

ner an den Bürgen abgetretene Forderung erfüllen.

Durch die Forderungsabtretung des Hauptschuldners an den Bürgen werden somit sowohl die Belange des Hauptschuldners als auch die des Gläubigers gewahrt. Dieser Weg ist daher besser als die Zulassung der Aufrechnung des Hauptschuldners gegen die nach § 774 Abs.1 BGB auf den Bürgen übergegangene Forderung.

Deshalb ist es nicht erforderlich, in dem Sonderfall der aufgedrängten Bürgschaft die Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen zuzulassen. Sie ist vielmehr wie in dem Fall, in dem der Bürge im Einverständnis mit dem Hauptschuldner an den Gläubiger zahlt, ausgeschlossen.

Ebenso wie im Fall der aufgedrängten Bürgschaft muß die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung des Hauptschuldners auch in dem Fall behandelt werden, dessen Lösung wir bisher[1)] zurückgestellt haben.

Es handelte sich darum, ob der Hauptschuldner gegen die auf den Bürgen kraft Gesetzes (§ 774 Abs.1 BGB) übergegangene Forderung aufrechnen kann, wenn der Bürge in Unkenntnis eines bestehenden Leistungsverweigerungsrechts an den Gläubiger gezahlt hat, obwohl er dieses Recht hätte kennen müssen.

Wenn der Bürge an den Gläubiger zahlt, erwirbt er unabhängig davon, ob er zahlen durfte oder nicht, die Forderung des Gläubigers nach § 774 Abs.1 S.1 BGB. Zahlte der Bürge, obwohl er die Leistung hätte verweigern können, dann könnte der Hauptschuldner allenfalls eine Einwendung nach § 774 Abs.1 S.3 BGB haben. Dann aber dürfte der Bürge gegen den Hauptschuldner keinen Ausgleichsanspruch haben.

---

1) Vgl. oben S.89.

Ansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner aus einem Auftragsverhältnis oder aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag scheiden aus, weil der Bürge, der an den Gläubiger zahlt, in diesen Fällen nicht auftragsgemäß und nicht im Interesse des Hauptschuldners handelt[1].

Dem Bürgen bleibt aber gegen den Hauptschuldner ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, § 812 BGB; denn der Hauptschuldner ist um das, was er an Aufwendungen erspart hat, bereichert.

Gegen die Forderung aus § 774 Abs.1 S.1 BGB kann sich der Hauptschuldner somit nicht verteidigen. Er bleibt dem Anspruch des Bürgen ausgesetzt und behält seine Forderung gegen den Gläubiger, mit der er vor der Zahlung durch den Bürgen gegenüber dem Gläubiger aufrechnen konnte.

Die Stellung des Hauptschuldners ist somit die gleiche wie im Falle der aufgedrängten Bürgschaft. Auch dort hatte der Bürge gegen ihn einen Bereicherungsanspruch, während er seinen Anspruch gegen den Gläubiger behielt.

Ließen wir die Aufrechnung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen zu, dann wäre zwar der Hauptschuldner von dem Risiko einer fehlschlagenden Forderungseinziehung befreit. Aber der Schutz des Hauptschuldners ginge zu Lasten des Gläubigers. Dieser müßte das vom Bürgen Empfangene herausgeben. Dadurch würde ihm das bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zustehende Recht, die Leistung nach seiner Wahl vom Hauptschuldner oder vom Bürgen zu fordern, nachträglich genommen.

Deshalb ist es besser, wenn man die Aufrechnung des Hauptschuldners gegen die auf den Bürgen kraft Gesetzes (§ 774

1) Vgl. Staudinger-Brändl, § 774 Anm.14.

Abs.1 S.1 BGB) übergegangene Forderung nicht zuläßt. Die Interessen des Hauptschuldners werden gewahrt, wenn er dem Bürgen herausgibt, worum er bereichert ist. Bereichert ist er um die Forderung, die er jetzt noch gegen den Gläubiger hat. Wenn er diese Forderung an den Bürgen abtritt, dann hat er dessen Bereicherungsanspruch erfüllt und steht so, wie er stünde, wenn der Bürge sich auf das Leistungsverweigerungsrecht berufen und er (der Hauptschuldner) gegen die Forderung des Gläubigers aufgerechnet hätte.

Das ist eine sachgerechte Risikoverteilung, wenn man bedenkt, daß der Hauptschuldner dann, wenn der Bürge sich auf das Leistungsverweigerungsrecht berufen hätte, weder an den Bürgen noch an den Gläubiger hätte zu zahlen brauchen, sondern mit seiner Forderung gegen die des Gläubigers aufgerechnet hätte.

Der Hauptschuldner ist also nicht berechtigt, mit einer Forderung, die ihm gegen den Gläubiger zusteht, gegen die auf den Bürgen kraft Gesetzes (§ 774 Abs.1 S.1 BGB) übergegangene Forderung aufzurechnen.

Das gilt auch dann, wenn

a) der Bürge gegen den Willen des Hauptschuldners an den Gläubiger zahlt

oder

b) der Bürge an den Gläubiger zahlt, obwohl er seine Leisturg hätte verweigern können und ihm diese Befugnis bekannt war oder hätte bekannt sein müssen.

Kapitel 2

Die übrigen Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs, in denen der Gläubiger neben dem persönlichen Schuldner Verwertungsrechte gegen andere Personen hat.

Nachdem wir die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung bei der Gesamtschuld und bei der Bürgschaft untersucht haben, bleibt diese Frage hier noch in zwei Fällen zu erörtern, nämlich einmal im Fall des § 1143 BGB und zum anderen im Fall des § 1225 BGB.

§ 18 Das Aufrechnungsproblem beim gesetzlichen Forderungsübergang nach den §§ 1143, 1225 BGB.

Wenn sich die beiden Vorschriften auch in der Problematik nicht unterscheiden, so soll doch zunächst die Regelung in § 1143 BGB erörtert werden.

I. Der Fall des § 1143 BGB

Gehen wir von folgendem Beispiel aus:

Auf dem Grundstück des E lastet eine Hypothek für die Schuld des S zugunsten des Hypothekengläubigers H. S hat gegen H eine aufrechenbare Gegenforderung, H verlangt von E Duldung der Zwangsvollstreckung. Daraufhin befriedigt E den H. Nach der Zahlung durch E erklärt S gegenüber E die Aufrechnung mit der ihm gegen den bisherigen Hypothekengläubiger H zustehenden Forderung.

Auch hier fragt es sich, ob S gegenüber dem Eigentümer E aufrechnen kann.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes bestehen keine Bedenken. Gemäß § 1143 Abs.1 S.1 BGB erwirbt der Eigentümer mit der Zahlung an den Hypothekengläubiger kraft Gesetzes dessen Forderung, gegen die der Schuldner S aufrechnen könnte, §§ 412,

406 BGB.

Dennoch muß die Aufrechnung des Schuldners S gegen die auf den Eigentümer E kraft Gesetzes (§ 1143 Abs.1 S.1 BGB) übergegangene Forderung auch hier ausgeschlossen sein.

Ebenso wie bei der Gesamtschuld und bei der Bürgschaft kann der Hypothekengläubiger sich wegen der Erfüllung seiner hypothekarisch gesicherten Forderung an den Eigentümer des Grundstücks und an den persönlichen Schuldner halten, § 1147 BGB.

Dieses Recht des Hypothekengläubigers wird beeinträchtigt, wenn man die Aufrechnung des persönlichen Schuldners gegenüber dem Eigentümer des Grundstücks zuließe; denn er müßte dann das vom Eigentümer Empfangene an diesen herausgeben und hätte keinen Vorteil davon, daß neben dem persönlichen Schuldner auch der Eigentümer mit seinem Grundstück haftet.

Aber nicht nur die Beeinträchtigung der Stellung des Hypothekengläubigers spricht gegen die Zulassung der Aufrechnung des persönlichen Schuldners gegenüber dem Eigentümer, sondern auch ein Vergleich des § 1143 BGB mit § 774 Abs.1 BGB; die Verhältnisse der Beteiligten bei § 1143 BGB entsprechen genau den Verhältnissen bei der Bürgschaft:

Der persönliche Schuldner des Hypothekengläubigers wird vom Gesetz als der im Verhältnis zum Eigentümer letztlich Zahlungsverpflichtete angesehen, wie es der Hauptschuldner bei der Bürgschaft ist. Daher erfolgt auch bei § 1143 Abs.1 BGB wie bei § 774 Abs.1 BGB der gesetzliche Forderungsübergang unabhängig von dem Bestehen eines Ausgleichsanspruchs des Eigentümers gegen den Schuldner.

Deshalb entspricht auch das Verhältnis des Eigentümers zum persönlichen Schuldner bei § 1143 BGB dem Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner[1]; der Forderungserwerb des Eigentümers nach § 1143 Abs.1 S.1 BGB beruht auch auf demselben Gedanken wie die Regelung in den §§ 426 Abs.2 S.1 und § 774 Abs.1 BGB: derjenige, durch dessen Opfer die Gläubigerinteressen gewahrt sind, soll Ersatz von dem erhalten, der das Opfer zu bringen hatte[2].

Da die Verhältnisse der Beteiligten bei § 1143 BGB den Verhältnissen bei der Bürgschaft insoweit entsprechen, als sie für die Frage von Bedeutung sind, ob der Schuldner gegen die kraft Gesetzes übergegangene Forderung aufrechnen kann, ist diese Frage im Fall des § 1143 BGB nicht anders zu beantworten als bei der Bürgschaft und der Gesamtschuld.

Der persönliche Schuldner darf daher nicht mit einer Forderung, die er gegen den Hypothekengläubiger hat, gegen die auf den Eigentümer kraft Gesetzes (§ 1143 Abs.1 S.1 BGB) übergegangene Forderung aufrechnen.

II. Die Regelung des § 1225 BGB.

§ 1225 BGB enthält für das Pfandrecht an beweglichen Sachen, falls der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner ist und den Pfandgläubiger befriedigt, eine Regelung, die dem § 1143 BGB entspricht.

Deshalb ist die Frage, ob der persönliche Schuldner gegen die nach § 1225 S.1 BGB auf den Verpfänder übergegangene Forderung aufrechnen kann, ebenso zu lösen wie bei § 1143 BGB.

---

1) Vgl. Motive III,S.727/8;Erman-Westermann, § 1143,1.
2) Vgl. Heck, Sachenrecht, § 93, 4.

Der Pfandgläubiger kann sich sowohl an den Verpfänder als auch an den persönlichen Schuldner halten und die Stellung des Verpfänders gleicht, soweit es die Aufrechnung betrifft, der Stellung des Eigentümers (§ 1143 BGB) und der des Bürgen (§ 774 Abs.1 BGB).

Der persönliche Schuldner kann also mit einer Forderung, die er gegen den Pfandgläubiger hat, nicht gegen die Forderung des Verpfänders aus § 1225 S.1 BGB aufrechnen.

§ 19 Das Aufrechnungsproblem beim gesetzlichen Forderungsübergang nach § 268 Abs.3 BGB.

Nehmen wir an, der Hypothekengläubiger H betreibt wegen seiner Forderung die Zwangsversteigerung in das Grundstück des E, das an P verpachtet ist. P befriedigt den H, weil er befürchtet, der Ersteher des Grundstücks werde den Pachtvertrag kündigen. Dem Eigentümer des Grundstücks, E, stand,was P aber nicht wußte, eine aufrechenbare Gegenforderung gegen den Gläubiger zu. E rechnet nunmehr mit dieser Forderung gegen die Forderung auf, die ursprünglich dem H zustand und dann gemäß § 268 Abs.3 BGB auf P übergegangen ist (§§ 412, 406 BGB).

Es fragt sich, ob dem Eigentümer auch hier die Aufrechnung aus den Gründen, aus denen wir sie für die anderen Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs ablehnten, zu versagen ist.

Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 268 Abs.3 BGB unterscheidet sich jedoch von den anderen Fällen insoweit,als dem Gläubiger bei § 268 BGB stets nur ein Schuldner zur Verfügung steht. Zwar ist es möglich, daß der Gläubiger von einem nach § 268 Abs.1 BGB Ablösungsberechtigten befriedigt wird, aber diese Leistung des Dritten erfolgt in seinem eigenen Interesse und beruht auf seinem freien Entschluß. Der

Gläubiger kann den Dritten nicht zur Zahlung zwingen. Damit hat der Gläubiger hier nicht die bevorzugte Stellung wie bei der Gesamtschuld (§ 421 BGB) oder bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft.

Dennoch könnte die Aufrechnung des Eigentümers gegen die nach § 268 Abs.3 BGB vom Gläubiger auf den Pächter übergegangene Forderung ausgeschlossen sein, und zwar deshalb,weil die Zahlung des Pächters als Zahlung des Eigentümers gilt und es daher so angesehen werden muß, als hätte der Eigentümer an den Gläubiger geleistet. Hätte aber der Eigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt, obwohl er eine aufrechenbare Gegenforderung gegen ihn hatte, so wäre diese Gegenforderung durch seine Leistung erloschen und eine Aufrechnung ausgeschlossen.

Leistet der ablösungsberechtigte Dritte an den Gläubiger, dann erwirbt er nach § 268 Abs.3 BGB die Forderung des Gläubigers, gegen die der Eigentümer nach den §§ 412, 406 BGB mit der ihm gegen den Gläubiger verbliebenen Forderung formell aufrechnen könnte.

Das muß ihm aber versagt sein, weil bei Durchführung der Aufrechnung die Leistung des ablösungsberechtigten Pächters ihren endgültigen Charakter verlöre: Wegen der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung (§ 389 BGB) wäre die Forderung des Gläubigers gegen den Eigentümer schon erloschen, als der Pächter an ihn leistete. Dieser zahlte daher eine Nichtschuld und der Gläubiger müßte an ihn nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben, was er erlangt hat. Das aber widerspricht dem Sinn und Zweck des § 268 BGB, wonach der Gläubiger durch die Leistung des Dritten befriedigt wird, d.h. daß seine Leistung endgültig sein soll.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Gläubiger sei nicht schutzwürdig, weil er, da er nur einen Schuldner habe, mit der Herausgabe des von dem Dritten Geleisteten rechnen müsse, wenn er die Leistung von diesem annehme. § 268 BGB gibt dem Dritten ein Recht auf Befriedigung des Gläubigers; dieser kann deshalb dessen Leistung nicht gefahrlos ablehnen (§ 293 BGB)[1].

Gegen die Aufrechnung des Eigentümers sprechen aber vor allem die Nachteile, die der ablösungsberechtigte Dritte erleidet, wenn der Eigentümer gegen die auf ihn kraft Gesetzes vom Gläubiger übergegangene Forderung aufrechnet: mit dem gesetzlichen Erwerb der Forderung gehen auch die akzessorischen Nebenrechte auf den ablösungsberechtigten Dritten über; diese Rechte sollen seine Stellung gegenüber dem Eigentümer verstärken. Unabhängig davon, welche Wirkung die Aufrechnung auf die übrigen Ausgleichsansprüche des Dritten hat, wird dieser Zweck des gesetzlichen Forderungsübergangs vereitelt, wenn der Eigentümer gegen die kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangene Forderung aufrechnet. Durch die Aufrechnung erlischt diese Forderung; gleichzeitig gehen mit ihr die akzessorischen Nebenrechte unter.

Wegen dieser nachteiligen Folgen auf die Stellung des Gläubigers und die des ablösungsberechtigten Dritten ist eine Aufrechnung des Eigentümers mit der ihm gegen den Hypothekengläubiger verbliebenen Forderung gegen die nach § 268 Abs.3 BGB vom Hypothekengläubiger auf den Dritten übergegangene Forderung ausgeschlossen.

E kann also mit seiner Forderung gegen H nicht gegen die Forderung des P aus § 268 Abs.3 BGB aufrechnen.

---

1) BGB-RGRK, § 268 Anm.1.

Indes bleibt zu bedenken, ob der Eigentümer in den Fällen, in denen er eine aufrechenbare Gegenforderung gegen den Hypothekengläubiger hat, bei einer Leistung durch den ablösungsberechtigten Dritten dem Risiko einer fehlschlagenden Forderungseinziehung ausgesetzt werden darf.

Nach der Zahlung durch den Dritten bleibt dem Eigentümer die Forderung gegen den Gläubiger, mit der er vorher hätte aufrechnen können. Diese Forderung muß er jetzt gegen den Gläubiger geltend machen. Er trägt also das Risiko, daß der in der Zwischenzeit in finanzielle Schwierigkeiten geratene Gläubiger seine Forderung nicht mehr erfüllen kann.

Von diesem Risiko muß der Eigentümer freigestellt werden; denn es handelt sich in den Fällen, in denen der ablösungsberechtigte Dritte den Hypothekengläubiger befriedigt, obwohl der Eigentümer eine Gegenforderung gegen diesen hat, um eine aufgedrängte Leistung. Daraus darf der Eigentümer keine Nachteile haben. Vielmehr ist er so zu stellen, wie er stünde, wenn der Dritte nicht gezahlt und er (der Eigentümer) aufgerechnet hätte. Dann hätte er nichts mehr zu fordern, brauchte aber auch nichts mehr zu leisten.

Nach der Leistung durch den ablösungsberechtigten Dritten hat dagegen dieser Ansprüche gegen den Eigentümer aus der kraft Gesetzes auf ihn übergegangene Forderung und aus § 812 BGB, da er durch die Leistung des Dritten Aufwendungen erspart, während er seine Forderung gegen den Gläubiger behalten hat.

Um die Existenz der Forderung gegen den Gläubiger ist der Eigentümer daher bereichert;[1)] sie hat er an den Dritten herauszugeben. Mit der Abtretung dieser Forderung erfüllt

1) Vgl. oben S.78 und S.108.

er die Ansprüche des Dritten. Dann hat er nichts mehr zu fordern, braucht aber auch nichts mehr zu leisten. Er steht dann so, wie er stünde, wenn der Dritte nicht gezahlt und er (der Eigentümer) aufgerechnet hätte.

Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 268 Abs.3 BGB ist daher bezüglich der nachträglichen Aufrechnung durch den Eigentümer so zu behandeln wie der Fall der aufgedrängten Schuldmitübernahme und der Fall der aufgedrängten Bürgschaft.

§ 20 Zusammenfassung

Kann der Gläubiger sich zur Befriedigung seiner Forderung an mehrere Schuldner halten oder stehen ihm neben dem persönlichen Schuldner Sicherungsrechte gegen andere Personen zu, dann kann der vom Gläubiger nicht in Anspruch genommene Schuldner oder derjenige, gegen den der Gläubiger ein Sicherungsrecht hat, nicht mit der ihm gegen den Gläubiger verbliebenen Forderung gegenüber demjenigen aufrechnen, auf den die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes übergegangen ist. § 412 BGB ist daher insoweit einschränkend anzuwenden.

Lebenslauf

Am 7.3.1940 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Kurt Tiedtke und seiner Ehefrau Charlotte, geborene Piekatz, in Bärwalde/Ostpreußen geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von Ostpreußen kam ich 1948 nach Mitteldeutschland, besuchte in Müncheberg/Mark die Volksschule und in Strausberg die Oberschule.

Seit 1958 bin ich in der Bundesrepublik. Hier besuchte ich das Staatliche Gymnasium in Hamm/Westf., wo ich am 25.10.1960 die Reifeprüfung ablegte.

Vom Wintersemester 1960/61 an studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster 8 Semester Rechtswissenschaft. Am 16.1.1965 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm/Westf. die erste juristische Staatsprüfung.